

Erstatning for tap utover sakskostnadene i sivile saker

Kandidatnummer: 103

Antall ord: 31704



JUS398/Masteravhandling

UNIVERSITETET I BERGEN

31.05.2017

Innholdsfortegnelse

1. Emne for avhandlingen.....	4
1.1 Opptakt	4
1.2 Nærmere om avhandlingens emne	5
1.3 Avgrensninger.....	6
2. Sakskostnader og andre tap.....	8
2.1 Problemstillingen	8
2.2 Hvilke utgifter og tap omfattes av tvisteloven kapittel 20 om sakskostnader?	8
2.3 Kostnader «ved saken» etter tvl. § 20-5 (1).....	10
2.4 Erstatning for kostnader forut for saksanlegget	11
2.5 Kort oppsummering	13
3. Håndteringen av ugrunnede søksmål i norsk prosessrett.....	15
3.1 Innledning	15
3.2 Avvisning fordi den materielle pretensjonen er klart uholdbar?	15
3.3 Avvisning etter tvl. § 2-2 (5).....	17
3.4 Forenklet domsbehandling etter tvl. § 9-8	19
3.4.1 Ekskurs – Burde ugrunnede søksmål avvises eller avgjøres gjennom forenklet domsbehandling?	20
3.5 Ansvar for sakskostnadene	22
3.6 Erstatning til det offentlige og rettergangsbøter – domstoloven §§ 202 og 203.....	24
3.7 Kort oppsummering	25
4. Menneskerettslige og konstitusjonelle føringer	27
4.1 Innledning	27
4.2 EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95	28
4.3 Effektiv tilgang med forholdsmessige begrensinger	31
5. Erstatning for ugrunnet søksmål	35
5.1 Innledning	35
5.2 Rt. 2015 s. 385 (Roxar).....	35
5.3 Aktsomhetsnorm vs. misbruksnorm	36
5.4 Nærmere om rettsmisbruk.....	44

5.5 Misbruk av retten til domstolstilgang	48
5.6 Operasjonalisering av ansvarsnormen for ugrunnet søksmål.....	50
5.6.1 Beviskravet for at det foreligger misbruk av domstolstilgangen	50
5.6.2 Hva betyr det at et søksmål er «helt uten utsikt til å føre frem»?	54
5.6.3 Hva betyr det at parten «skjønner» at søksmålet er helt uten utsikt til å føre frem?	61
5.6.4. Hvem må hatt kunnskap om at søksmålet var helt uten utsikt til å føre frem der parten er et selskap?.....	65
5.6.5 Normalreservasjonen.....	66
5.7 Ansvarsnormens forhold til regler om misbruk av dominerende markedsposisjon	68
6. Erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for ugrunnet forsvar	73
6.1 Problemstillingen	73
6.2 Er retten til å forsvare seg mot et søksmål omfattet av doktrinen om rett til domstolstilgang etter EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95?.....	74
7. Erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for ugrunnet anke.....	79
7.1 Problemstillingen	79
7.2 Nærmere om anke	79
7.3 Misbruk av ankeretten.....	81
8. Erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for ugrunnede prosesshandlinger	85
8.1 Problemstillingen	85
8.2 Nærmere om ugrunnede prosesshandlinger	85
8.3 Erstatning utover sakskostnadene for ugrunnede prosesshandlinger	88
Litteraturliste.....	92

1. Emne for avhandlingen

1.1 Opptakt

Det hjelper ikke å ha rett hvis man ikke får rett. Og for å få rett må man noen ganger gå til domstolene. Men det man trodde var rett, vil av og til vise seg være feil: Man hadde ikke rett likevel. Det kan koste dyrt. Det følger nemlig av tvisteloven § 20-2 (1) at parten som «vinner saken» som hovedregel har krav på «full erstatning for sine sakskostnader» fra motparten.¹ Dersom saken ender i lagmannsretten vil den tapende part ofte måtte betale mellom kr. 300.000 – 700.000 i erstatning til motparten for dekning av sakskostnadene.² Men selv om sakskostnadsansvaret kan bli omfattende for den tapende part, er det likevel i utgangspunktet bare denne tapsposten parten hefter for i forbindelse med selve søksmålet. At parten som vinner saken kan kreve sine *sakskostnader* dekket, avgrenser mot andre tapsposter parten påføres som følge av søksmålet. I den grad en part påføres tap *utover* det som defineres som sakskostnader etter tvisteloven kapittel 20 som følge av prosessen, kan ikke disse kreves dekket etter reglene i tvisteloven.

Krav om erstatning for tap utover sakskostnadene var imidlertid temaet i dommen inntatt i Rt. 2015 s. 385 (Roxar).³ Her hadde oljeteknologiselskapet Roxar Flow Measurement AS (Roxar) gått til et bredt anlagt søksmål mot sin konkurrent Multi Phase Meters AS (Multi Phase). Multi Phase hevdet på sin side at søksmålet fra Roxar var totalt ugrunnet og at de som følge av det var påført et betydelig økonomisk tap utover sakskostnadene som de krevde erstattet. Tapet knyttet seg primært til tapte salg av flerfasemålere, tapt goodwill i markedet og renteutgifter. Spørsmålet for Høyesterett var hva som kreves for å pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader. Her la Høyesterett til grunn at erstatningsansvar for tap utover sakskostnadene forutsetter misbruk av domstolssystemet. Videre ble det presisert at det normalt vil foreligge misbruk dersom søksmålet er helt uten utsikt til å føre frem og parten skjønner at det er slik.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (Tvisteloven)

² Se <http://www.juristkontakt.no/i/2016/8/juko-2016-08-b-397> (Besøkt 28.11.2016). Det oppgitte beløpet relaterer seg til hele prosessen.

³ Se nærmere om dommen i punkt 5.2.

1.2 Nærmere om avhandlingens emne

Avhandlingens hovedtema er å operasjonalisere ansvarsnormen for ugrunnede søksmål. Men perspektivet vil være noe bredere. Jeg vil også behandle den nasjonale og internasjonale rettslige konteksten spørsmål om erstatningsansvar utover sakskostnadene inngår som del av. Roxar-saken avklarte i stor grad hva som skal til for at det skal foreligge ansvarsgrunnlag for krav om erstatning for tap utover sakskostnadene. Samtidig aktualiserer dommen en rekke tilgrensende problemstillinger som ikke behandles der. Enkelte av disse vil jeg se nærmere på i denne avhandlingen.

For det første: Roxar-saken gjelder erstatningsansvar på *saksøkersiden* hvor det eventuelt er anleggelse av søksmålet og opprettholdelsen av dette som er ansvarsbetingende. Men hvordan er situasjonen dersom det ikke er søksmålet som er ugrunnet, men motpartens innsigelser mot det som er ugrunnet? Sagt med andre ord: Kan saksøkte pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for å føre et ugrunnet forsvar mot et klart holdbart søksmål? Hvis ja, hva skal til for å pådra seg et slikt ansvar? Dette behandles i kapittel 6.

For det andre: Bevissituasjonen da saksøker tar ut stevning kan være uklar. Ofte blir ikke saken skikkelig opplyst før under hovedforhandlingen i tingretten. Noen ganger vil det oppstå situasjoner hvor søksmålet for tingretten – i det minste – er prosedabelt. Erstatningsansvar for tap utover sakskostnadene frem til avslutningen av forhandlingene i tingretten vil derfor ikke være aktuelt. Tingrettens behandling av saken synliggjør imidlertid at søksmålet er helt uholdbart. Til tross for dette, velger parten som tapte saken å anke den til lagmannsretten for fornyet behandling. Som følge av anken påføres motparten et økonomisk tap utover sakskostnadene. Problemstillingen blir da er hva som kreves for at parten skal kunne kreve erstatning for tap som følge av *ugrunnet anke over dom*. Er ansvarsnormen den samme for å anlegge en ugrunnet anke som for et ugrunnet søksmål? Dette temaet vil jeg se nærmere på i kapittel 7.

For det tredje: Hva skjer dersom både søksmålet og innsigelsene mot det i utgangspunktet er forsvarlige, men partene underveis i prosessen foretar en rekke ugrunnede prosesshandlinger som trenerer eller vidløftiggjør saken? Kan en part da pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader som følge av ugrunnede prosesshandlinger? Dette temaet vil belyses i kapittel 8.

Frem til punkt 6 er det imidlertid *ugrunnede søksmål* jeg har for øye, med mindre noe annet presiseres.

1.3 Avgrensninger

Erstatningsansvar for tap utover sakskostnadene er en omfattende og vidtfavnende problemstilling. Av hensyn til avhandlingens omfang må det foretas nødvendige avgrensninger. Mye kan skrives om hvilke tapsposter som kan anses som en adekvat følge av et ugrunnet søksmål. Avhandlingen er imidlertid begrenset til å omhandle problemstillingen knyttet til *ansvarsgrunnlaget* for kravet. Behandling av de øvrige alminnelige vilkårene for erstatning, herunder spørsmål om økonomisk tap og årsakssammenheng, vil ikke belyses nærmere her. Det vil forutsettes at parten er påført et økonomisk tap som står i adekvat årsakssammenheng med søksmålet, forsvaret mot et søksmål, anken eller andre prosesshandlinger. Det avgrenses også mot tap parten i en rettslig prosess påføres som følge av motpartens omtale og uttalelser om saken underveis i prosessen. Dette er primært et spørsmål om rammene for ytringsfrihet i prosess, og faller dermed noe på siden av avhandlingens tema. Her ønsker jeg å isolere selve søksmålet og opprettholdelsen av dette, forsvar mot søksmålet og prosesshandlinger underveis i prosessen. Annen erstatningsbetingende adferd i forbindelse med rettergangen faller dermed utenfor undersøkelsesemnet.

I spesialprosessen finner man regler som hjemler erstatningskrav utover motpartens sakskostnader. Jeg nevner tvl. § 32-11 (1) om erstatning for ugrunnet midlertidig sikring og tvl. § 28-3 (5) om ugrunnet begjæring om bevissikring. I tillegg har konkursloven § 76 en særskilt bestemmelse om erstatningsansvar for urettmessig konkursbegjæring.⁸ Avhandlingen avgrenser imidlertid mot erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader i spesialprosessen og vil kun se på denne problemstillingen i saker som går etter regler om almenprosess for de ordinære domstolene. Behandlingen i forliksrådet, nemder og voldgift faller derfor utenfor avhandlingens emne. Det samme gjør spørsmål knyttet til ugrunnede forvaltningsklager.⁹ Jeg avgrenser også mot tilgrensende problemstillinger i straffeprosessen,

⁸ Lov 8.juli 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (Konkursloven)

⁹ Se imidlertid TOSLO-2011-105898.

slik som erstatning for uberettiget straffeforfølgning og erstatning for utgifter til forsvarerbistand som overstiger den offentlige salærsatsen.¹⁰

I saker hvor det er aktuelt med erstatningsansvar utover sakskostnadene, vil ikke nødvendigvis parten ha handlet alene. Partens prosessfullmektig vil kanskje også ha hatt en finger med i spillet. Da kan det reises spørsmål om prosessfullmektigen kan holdes (solidarisk) ansvarlig med parten for tap utover sakskostnadene motparten påføres.¹¹ Denne avhandlingen vil imidlertid kun omhandle *partens erstatningsansvar* og avgrenser dermed mot prosessfullmektigens ansvar.

¹⁰ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) kapittel 31. Se videre HR-2017-753-A (Transocean).

¹¹ Se Magne Strandberg *Erstatning for uberettiget søksmål – hva er rettstilstanden etter Rt. 2015 s. 385?* Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett 04/2015 s. 229

2. Sakskostnader og andre tap

2.1 Problemstillingen

I tvisteloven kapittel 20 finner man regler om fordelingen av ansvaret for sakskostnadene mellom partene i sivile saker. Temaet for avhandlingen er imidlertid erstatning for *andre tap* enn sakskostnadene. Når det er tilfelle, må det trekkes et skille mellom sakskostnader og andre tap.¹² Formålet med dette er å synliggjøre at dersom en kostnad er å anse som en «sakskostnad» i henhold til tvl. § 20-1 (1) må erstatning for denne kostnaden forfølges gjennom reglene i tvisteloven kapittel 20. Ansvarsgrunnlaget for denne tapsposten følger av loven. Dersom tapet teller utenfor rubriseringen «sakskostnader», må erstatning for tapet forfølges på ulovfestet grunnlag. Derfor er det først når et tap faller *utenfor* rubriseringen «sakskostnad», at problemstillingen i denne avhandlingen kommer på spissen. Denne grensedragningen aktualiserer derfor en nærmere redegjørelse av hvilke tap som må forfølges gjennom reglene om sakskostnader og hvilke som må forfølges på ulovfestet grunnlag.

2.2 Hvilke utgifter og tap omfattes av tvisteloven kapittel 20 om sakskostnader?

I forbindelse med rettslige prosesser vil det nødvendigvis påløpe kostnader. De mest praktiske kostnadene som påløper dersom saken ender i domstolene, er utgifter til prosessfullmektig, reisekostnader og rettsgebyrer.¹³ Når saken er ferdig behandlet, oppstår spørsmålet om hvordan disse kostnadene skal fordeles mellom partene. Hovedregelen om ansvar for sakskostnadene kommer til uttrykk i tvl. § 20-2 (1). Her fremgår det at en part som har «vunnet» saken har krav på «full erstatning for sine sakskostnader fra motparten». Som hovedregel er det altså tvistens materielle utfall som styrer fordelingen av sakskostnadene i sivile saker.¹⁴ Slik sett hefter den tapende part i utgangspunktet på objektivt grunnlag for motpartens sakskostnader. Dette omtales som «The English Rule» eller «indemnity rule» og står i et motsetningsforhold til «The American Rule», hvor partene i utgangspunktet bærer

¹² Se utførlig Jens Edvin A. Skoghøy *Tvisteløsning 3. utgave*, Oslo 2017, s. 1313 flg. Se også Jens Edvin A. Skoghøy *Ansvar for sakskostnadene i sivile saker* Lov og Rett 03/2011.

¹³ Se Skoghøy *Tvisteløsning* s. 1256. Se videre Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H.P. Reusch og Toril M. Øie *Tvisteloven kommentarutgave 2.utgave*, Oslo 2013, s. 721.

¹⁴ Se Skoghøy *Tvisteløsning* s. 1327. Se også Inge Lorange Backer *Norsk sivilprosess*, Oslo 2015, s. 474.

egne sakskostnader uavhengig av sakens utfall.¹⁵ At fordelingen av sakskostnadene styres av tvistens materielle utfall, er imidlertid ikke gjennomført fullt ut. For eksempel kan en part som har fått «medhold av betydning» uten å vinne saken, helt eller delvis tilkjennes sakskostnader hvis «tungtveiende grunner» tilsier det, se tvl. § 20-3. Videre kan ansvaret fordeles uavhengig av tvistens utfall etter tvl. § 20-4. Disse bestemmelsene regulerer dermed hvem av partene som må bære *sakskostnadene*. Denne problemstillingen går jeg ikke nærmere inn på her.¹⁶

Det neste spørsmålet som oppstår etter å ha etablert *hvem* av partene som er ansvarlige for sakskostnadene, er hvor mye den ene parten må betale til den andre. Da er temaet *omfanget* av sakskostnadsansvaret. Etter tvl. § 20-2 (1) er altså utgangspunktet at den seirende parten har krav på «full erstatning» for sine sakskostnader. Det nærmere innholdet av «full erstatning» er presisert i tvl. § 20-5 (1): «Full erstatning for sakskostnader skal dekke alle partens nødvendige kostnader ved saken».¹⁷ Bestemmelsen trekker opp grensen mellom «sakskostnader» og andre tap, og jeg vil derfor gi en nærmere redegjørelse for denne i det følgende.

Bestemmelsen angir altså at det bare er «kostnader» som kan kreves dekket etter tvl. kapittel 20.¹⁸ Vilkåret innebærer dermed en vesentlig begrensning av hvilke tap som kan forfølges gjennom reglene om sakskostnader. For eksempel er det ikke naturlig å anse omsetningstap eller verditap i form av tapt goodwill og omdømme i markedet som «kostnader».¹⁹ Erstatning for disse tapspostene kan dermed ikke forfølges gjennom reglene i tvisteloven. Samtidig er disse tapspostene neppe upraktiske følger av en rettslig prosess.

Enhver kostnad med tilknytning til tvisten vil imidlertid ikke kunne kreves dekket. For at en kostnad skal kunne kreves dekket som en «sakskostnad» eller tvl. kapittel 20, må den være pådratt «ved saken», se tvl. § 20-5 (1).²⁰ At det bare er kostnader «ved saken» som kan kreves dekket er det naturlig å oppfatte som et krav om årsakssammenheng mellom den rettslige

¹⁵ Se NOU 2001:32 *Rett på sak* Lov om tvisteløsning (tvisteloven) Bind A s. 540.

¹⁶ Se nærmere om dette i Skoghøy *Tvisteløsning* s. 1325-1351. Se også Backer *Norsk sivilprosess* s. 474.

¹⁷ For kritikk av bestemmelsen, se Ørnulf Øyen *Behovet for etterkontroll av reglene om erstatning for sakskostnadene* Lov og Rett 02/2012 s. 65-66.

¹⁸ Se Skoghøy *Tvisteløsning* s. 1355.

¹⁹ Se Rt. 2015 s. 385 (Roxar) forutsetningsvis.

²⁰ Se om dette vilkåret Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 723.

prosessen og kostnaden. Dette er i tråd med alminnelig erstatningsrett.²¹ Avgrensningen «ved saken» trekker slik sett opp rammen for hva som anses som et adekvat tap som følge av et søksmål. Samtidig er ordlyden «ved saken» noe vag. Den kan oppfattes som en henvisning både til tvisten som sådan og som en henvisning til gjennomføringen av hovedforhandlingen. Hvordan bestemmelsen skal forstås på dette punktet er det nødvendig å avklare ettersom en tvist vil kunne strekke seg over et svært langt tidsrom. Partene vil kunne ha hatt betydelige utgifter til denne lenge før den «realiserer seg» i form av at en partene tar ut stevning. I tillegg vil partene kunne ha hatt utgifter til arbeidet som i større eller mindre grad kommer til nytte under gjennomføringen av hovedforhandlingen. Temaet videre er dermed å utlede på hvilket stadium i en rettslig prosess utgifter kan anses pådratt «ved saken» etter tvl. § 20-5 (1) og dermed kunne kreves dekket som en sakskostnad. Deretter vil jeg problematisere adgangen til å kreve erstatning for utgifter i anledning saken *forut* for dette tidspunktet. Jeg vil også ta opp kravet til *saklig tilknytning* mellom kostnaden og saken for å anse den som en sakskostnad.

2.3 Kostnader «ved saken» etter tvl. § 20-5 (1)

Hvordan vilkåret «ved saken» skal forstås er nærmere presisert i forarbeidene til tvisteloven. Her er det vist til at «ved saken» skal forstås som selve *rettssaken*, ikke tvisten som sådan.²² Schei mfl skriver:

*«Paragraf 20-5 gir bare rett til dekning av kostnader «ved saken». Med dette menes rettssaken. (...) Utgifter en part har hatt til juridisk rådgivning før saken innledes, faller som hovedregel utenfor rammen.»*²³

En rettssak innledes formelt ved at en part tar ut stevning, se tvl. § 9-2 (1).²⁴ At vilkåret «ved saken» er knyttet til *rettssaken*, tilsier dermed at det er utgifter pådratt fra og med arbeidet med stevningen som kan kreves dekket som sakskostnader. Samtidig pålegger tvisteloven partene en rekke plikter før stevning tas ut. For eksempel plikter den som vurderer å reise sak å varsle den det eventuelt skal reises sak mot om dette, jf. tvl. § 5-2 (1). Etter tvl. § 5-4 plikter partene også å utrede mulighetene for å oppnå en minnelig løsning. For å sørge for

²¹ Se Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 721.

²² Se Ot. Prp. Nr. 51 (2004-2005) s. 447.

²³ Se Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 723.

²⁴ Se videre Skoghøy *Tvisteløsning* s. 637.

etterlevelse av disse pliktene, er det viktig at også utgifter knyttet til oppfyllelsen av de vil kunne kreves dekket som sakskostnader etter at tvisten er ferdig. Dette innebærer at skjæringspunktet må trekkes på et tidligere tidspunkt enn da arbeidet med stevningen begynte.²⁵ Hva gjelder den *tidsmessige avgrensningen* knyttet til «ved saken» må dermed denne oppfattes slik at det er kostnader fra og med arbeid knyttet til den direkte oppfyllelsen av pliktene etter tvl. § 5-2 (1) som kan kreves dekket som «sakskostnader».²⁶ Av dette kan det sluttet at utgifter «ved saken» etter tvl. § 20-5 (1) skal forstås som utgifter som direkte relaterer seg til forberedelse av selve rettssaken. Dette utgjør dermed den tidsmessige «ytre rammen» for hvilke kostnader som kan kreves dekket etter reglene i tvl. kapittel 20. Grensen mellom hvilke kostnader som er pådratt «ved saken» og hvilke som ikke er det, trekkes imidlertid ikke utelukkende på bakgrunn av den *tidsmessige* nærheten til rettssaken. Også den *saklige* nærheten mellom kostnaden og gjennomføringen av rettssaken, vil kunne gjøre at en kostnad anses som pådratt «ved saken». Forutsetningen er da at arbeidet kostnaden knytter seg til har kommet til nytte under saken. Dersom arbeidet som er gjort kommer til nytte i saken, kan kostnaden dekkes som sakskostnad uavhengig av om dette arbeidet ble gjort forut for tidspunktet da arbeidet med stevning eller oppfyllelse av pliktene etter tvisteloven kapittel 5 begynte.²⁷ Blant annet innebærer dette at kostnader knyttet til behandling av saken i forvaltningen etter omstendighetene vil kunne kreves dekket som sakskostnader i rettssaken.²⁸ Dette beror på en konkret vurdering.

2.4 Erstatning for kostnader forut for saksanlegget

Som nevnt vil partene ofte ha pådratt seg utgifter knyttet til tvisten på et langt tidligere tidspunkt i prosessen enn tidspunktet for da arbeid knyttet til oppfyllelse av pliktene etter tvl. kapittel 5 tok til. Et praktisk eksempel på dette er at parten kontakter advokat for en vurdering av saken eller at parten foretar andre undersøkelser. Forutsatt at arbeidet disse kostnadene er knyttet til ikke kommer til nytte under saken, vil de i utgangspunktet ikke anses pådratt «ved saken» etter tvl. § 20-5. De er tap *utover sakskostnadene* og kan da som nevnt ikke forfølges gjennom reglene i tvisteloven kapittel 20. Slik sett kunne man tenkt seg at et eventuelt ansvar for disse kostnadene måtte bygge på ansvarsnormen Høyesterett oppstilte i Roxar-saken. I så

²⁵ Se Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 724.

²⁶ Slik også Magne Strandberg *Sakskostnader og bevissikring* Lov og Rett 03/2017 s. 175.

²⁷ Se HR-2016-1507-U (Avsnitt 16). Se videre Skoghøy *Tvisteløsning* s. 1355-1356.

²⁸ Se Rt. 2010 s. 252 (Avsnitt 34). Se videre Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 725.

fall ville forutsetningen for å kunne kreve de dekket ha vært at søksmålet som aktualiserte kostandene var et misbruk av domstolssystemet. For dette typetilfellet har det imidlertid utviklet seg egne regler, som jeg i det følgende vil behandle kort.

Erstatningsansvar for kostander pådratt forut for saksanlegg, er i liten grad tematisert og rettskildene gir begrenset veiledning. I den eneste saken for Høyesterett hvor problemstillingen har kommet på spissen, unnlot Høyesterett å ta stilling til spørsmålet.²⁹ Schei mfl. påpeker imidlertid at i saker som gjelder erstatning eller forsikringsoppgjør, er det vanlig å kunne kreve erstatning for utgifter knyttet til juridisk bistand forut for saksanlegg. Reglene om sakskostnader og alminnelige erstatningsrettslige regler overlapper da hverandre. De skriver:

«I saker om krav på erstatning eller forsikringsoppgjør foreligger det en praksis for at skadelidtes kostnader til juridisk bistand i forbindelse med skadeoppgjøret med motparten anses som en følgeskade som dekkes under ansvarsgrunnlaget. Dette er alminnelig ved skadeoppgjør for personskade etter bilansvarsloven, men forekommer også ellers (...) Det er en noe uklar grenseflate mellom de prosessuelle reglene om sakskostnader og de materielle reglene om erstatning for kostnadene ved juridisk bistand.»³⁰

Ved forsikringsoppgjør beror omfanget av dekningen i prinsippet på en tolkning av den aktuelle forsikringsavtalen. Da vil problemstillingen være om utgiftene forut for saksanlegget er dekningsberettigede etter denne. I andre erstatningssaker synes forutsetningen for å kreve erstatning for disse utgiftene å være at kostnaden kan kreves dekket under ansvarsgrunnlaget for primærskaden.³¹ Hvorvidt utgiftene kan kreves dekket, blir slik sett et spørsmål om adekvans. Problemstillingen er da om utgiftene skadelidte har pådratt seg forut for saksanlegget er en adekvat følge av den skadevoldende handlingen. Men denne innfallsvinkelen vil bare være gangbar i saker som i utgangspunktet gjelder erstatning. I andre saker vil den som mener å ha krav på erstatning for kostander forut for saksanlegg, måtte påvise et selvstendig ansvarsgrunnlag for dette.

²⁹ Se Rt. 2000 s. 441 (Side 450).

³⁰ Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 724.

³¹ Se Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 724.

Før øvrig kan det legges til at krav om erstatning for sakskostnadene etter kapittel 20 prosessuelt sett er et annet krav enn krav om erstatning for utgifter forut for saksanlegg på alminnelig erstatningsrettslig grunnlag.³² En praktisk konsekvens av dette er at kravet ikke nødvendigvis tapes dersom oppgaven for det ikke inngis innen rettsmøtets avslutning, se tvl. § 20-5 (6).³³ Krav om erstatning for kostnader forut for saksanlegg kan dermed fremmes som et eget krav i etterkant av hovedsaken. Det kan også kumuleres inn i den saken som allerede står for domstolen etter tvl. § 15-1. Den prosessuelle statusen som et eget krav løsrevet fra sakskostnadskravet innebærer også at rettens kompetanse til å overprøve det på selvstendig grunnlag er begrenset sammenlignet med sakskostnadskrav.

2.5 Kort oppsummering

Før jeg går videre vil jeg kort samle trådende om sakskostnader og andre tap. Sakskostnader kjennetegnes av at det er *utgifter* med umiddelbar og direkte tilknytning til den aktuelle tvisten og gjennomføringen av denne. Det er tale om erstatning for kostander som nødvendigvis ofte vil påløpe som følge av en rettslig prosess. Andre tap karakteriseres på sin side av at de har svakere tilknytning til den skadevoldende handlingen: I dette tilfellet et ugrunnet søksmål, ugrunnet forsvar, ugrunnet anke eller ugrunnede prosesshandlinger. Økonomisk tap i form av tapte salg eller tapt goodwill i markedet er ingen nødvendig konsekvens av den skadevoldende handlingen på samme måte som sakskostnader er det. Disse tapene er i større grad *avledede*.³⁴ Slike tap, med svakere tilknytning til den skadevoldende handlingen, nyter gjennomgående et svakere erstatningsrettslig vern enn tap med mer direkte tilknytning til den skadevoldende handlingen.³⁵ Slik sett er det i tråd med alminnelige erstatningsrettslige regler at det skal mer til for å kreve erstatning for andre tap knyttet til søksmålet, enn hva som kreves for erstatning for sakskostnadene.

Et annet trekk ved sakskostnader er at selv om beløpet kan bli svært høyt, er det forholdsvis forutsigbart. Parten vil med ganske høy grad av sikkerhet kunne anslå hvor mye vedkommende må betale i sakskostnader dersom saken tapes. Dette gir parten mulighet til å ta et informert valg om hvorvidt vedkommende ønsker å forfølge saken for domstolene eller om

³² Se Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 724

³³ Se Rt. 2009 s. 1522 (Avsnitt 13).

³⁴ Se Backer *Norsk Sivilprosess* s. 468.

³⁵ Se Nils Nygaard *Skade og Ansvar 6. Utgåve*, Bergen 2007, s. 365

den økonomiske risikoen blir for høy. Det samme kan ikke sies om andre tap. Selv om det etter omstendighetene kan være synlig for parten at motparten påføres et økonomisk tap som følge av den aktuelle handlingen, vil det under enhver omstendighet være vanskelig å beregne omfanget av dette. I utgangspunktet har det dermed gode grunner for seg at ansvaret en part risikerer ved å engasjere seg i en rettslig prosess er begrenset til sakskostnadene.

Begrunnelsen bak denne ansvarsbegrensningen slår imidlertid ikke alltid til. Noen ganger anlegges det ugrunnede søksmål. Med dette menes søksmål hvor parten vet at det ikke er realistisk at søksmålet vil føre frem. Søksmålet er motivert av andre grunner enn å vinne frem med kravet som er fremmet, for eksempel å sverte en konkurrent. Da oppstår spørsmålet: Skal ansvaret også i slike tilfeller være begrenset til sakskostnadene eller burde saksøker i slike tilfeller være ansvarlig for saksøktes fulle økonomiske tap? Denne problemstillingen er temaet i kapittel 5. Før jeg går nærmere inn på dette vil jeg i kapittel 3 se på andre virkemidler i prosesslovgivningen knyttet til håndteringen av ugrunnede søksmål. Deretter vil jeg i kapittel 4 belyse de menneskeligerettslige og konstitusjonelle føringene knyttet til spørsmål om erstatning for tap utover sakskostnadene i sivile saker.

3. Håndteringen av ugrunnede søksmål i norsk prosessrett

3.1 Innledning

Erstatningsansvar utover sakskostnadene er én måte å håndtere ugrunnede søksmål på. Rettergangslovgivningen inneholder imidlertid en rekke andre reguleringer som også har som formål å begrense slike søksmål.³⁶ Spørsmålet om erstatningsansvar utover sakskostnadene inngår som en del av denne rettslige konteksten. I det følgende vil jeg derfor gi en nærmere redegjørelse av mekanismer knyttet til håndtering og sanksjonering av ugrunnede søksmål i rettergangslovgivningen.

3.2 Avvisning fordi den materielle pretensjonen er klart uholdbar?

Norsk prosessrett er fundert på et grunnleggende skille mellom sakens prosessuelle og materielle sider. Det innebærer at når retten skal ta stilling til hvorvidt et søksmål skal fremmes, skal den bare ta stilling til om søksmålet oppfyller de prosessuelle vilkårene for dette. Stikkordsmessig må søksmålet oppfylle *prosessforutsetningene*.³⁷ Den materielle holdbarheten av kravet er i utgangspunktet ikke et tema når det gjelder spørsmål om saken skal fremmes eller avvises.³⁸

Under tvistemålsloven ble det imidlertid gjort to unntak fra dette utgangspunktet.³⁹ For det første kunne søksmål om fastsettelsesdom for brudd på EMK *avvises* dersom søksmålet etter en foregrepet realitetsvurdering kunne «betraktes som åpenbart ugrunnet».⁴⁰ Denne avvisningsregelen ble primært begrunnet med at EMD har en tilsvarende avvisningspraksis.⁴¹ For det andre kunne saker avvises dersom det basert på en korrekt anvendelse av rettsreglene

³⁶ Se Ulf Stridbeck og Morten Holmboe «*Det er einskilde som ikkje skjønar kor viktig det er å ha ei sak*» - Misbruk av forvaltning og rettsapparat. Hva bør gjøres? Lov og Rett 2009 s. 156.

³⁷ Se nærmere om dette Skoghøy *Tvisteløsning* s. 227 flg.

³⁸ Se Jørgen Aall *Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker* Tidsskrift for rettsvitenskap 1998 s. 84.

³⁹ Lov 13. august 1915 nr.6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven).

⁴⁰ Se Rt. 2003 s. 301 (Undersøkelsessak).

⁴¹ Se avsnitt 40-41 i kjennelsen.

kravet skulle bygge på, *generelt sett* ikke var mulig å få dom for kravet.⁴² I forbindelse med utarbeidelsen med tvisteloven ble det imidlertid tatt et oppgjør med denne praksisen. Tvistemålsutvalget så behovet for å ha regler som gjorde at man raskt kunne få ugrunnede søksmål ut av verden. Løsningen var ikke avvisning, men å innføre regler om forenklet saksbehandling for disse sakene.⁴³ Hadde de nevnte sakene kommet opp i dag skulle de dermed ikke ha vært avvist, men henvist til forenklet domsbehandling etter tvl. § 9-8 dersom det hadde blitt begjært.⁴⁴ Dermed er man nå tilbake til utgangspunktet hvor det skilles skarpt mellom sakens prosessuelle og materielle sider. For å fremme saken er det tilstrekkelig at parten pretenderer å ha et «rettskrav» som vedkommende på bakgrunn av «kravets aktualitet og partenens tilknytning til det», har et «reelt behov» for å få avgjort «i forhold til» saksøkte, jf. tvl. § 1-3.⁴⁵ At kravet åpenbart ikke vil føre frem, skal ikke føre til avvisning.⁴⁶ Dette er oppsummert slik av Høyesterett i Rt. 2005 s. 534 (Victim):

«Ved avgjørelsen av om søksmålet skal fremmes, skal imidlertid retten ikke foreta noen realitetsprøvelse av holdbarheten av det krav som gjøres gjeldende, og om saksøkeren er innehaver av dette, men legge til grunn det saksøkeren pretenderer. Hvorvidt saksøkeren virkelig har et slikt krav som han hevder å ha, er et materielt spørsmål som han har krav på å få realitetsbehandlet, såfremt den interesse han har i utfallet, er beskyttet av de materielle regler som han påberoper som grunnlag for kravet.»⁴⁷

Det sentrale i denne sammenhengen er at det ikke er en *prosessforutsetning* at kravet som gjøres gjeldende på noen måte er materielt holdbart. Når det er tilfelle, er ikke avvisning lenger en mekanisme som kan håndtere ugrunnede søksmål.

⁴² Se Rt. 2003 s. 1630 (Hogstforbud). Se videre Skoghøy *Tvisteløsning* s. 394.

⁴³ Se NOU 2001:32 Bind A s.191.

⁴⁴ Se Jens Edvin A. Skoghøy *Nytt i ny tvistelov*, Oslo 2008, s. 48-51.

⁴⁵ I tillegg må søksmålet oppfylle de øvrige prosessforutsetningene. Kravet som gjøres gjeldende kan for eksempel ikke være allerede rettskraftig avgjort, se tvl. § 19-15 (3).

⁴⁶ Se Skoghøy *Tvisteløsning* s. 393.

⁴⁷ Avsnitt 21 i dommen.

3.3 Avvisning etter tvl. § 2-2 (5)

Tvisteloven inneholder altså ingen bestemmelser som generelt gir adgang til å *avvise* søksmål basert på kravets holdbarhet. Tvisteloven § 2-2 (5) gir imidlertid hjemmel for avvisning *blant annet* basert på dette.⁴⁸ Bestemmelsens har følgende ordlyd:

«Saken kan avvises dersom den utvilsomt ikke kan ha et fornuftig formål og er anlagt av en person som misbruker rettsapparatet ved gjentatte ganger å ha anlagt slike saker.»

Selv om bestemmelsen var en nyvinning i tvisteloven, var den ment å kodifisere rettstilstanden som var etablert gjennom kjennelsen inntatt i Rt. 1995 s. 1113 (Prosessløve).⁴⁹ Her hadde en person anlagt en enorm mengde søksmål. Han hadde også levert svært mange anmeldelser og innledet private straffesaker.⁵⁰ Mannen var myndig og prosessdyktig. For Høyesterett var spørsmålet om en privat straffesak mannen hadde anlagt mot en konstituert lensmann i Asker, skulle avvises. Om dette uttalte kjæremålsutvalget:

*«Både av hensyn til A selv, som utsetter seg for betydelige omkostninger i anledning av unødige søksmål, og av hensyn til et rettsapparat som påføres store belastninger til fortrenghet for viktige oppgaver, er det nødvendig å avvise søksmål og rettsmiddelerklæringer som er utslag av et slikt atferdsmønster.»*⁵¹

På bakgrunn av dette ble søksmålet avvist på ulovfestet grunnlag. Tvistemålsutvalget ønsket å synliggjøre at rettssetningen dommen bygger på var gjeldende rett, og foreslo derfor å lovfeste den i tvisteloven.⁵²

At søksmålet ikke «kan ha et fornuftig formål», er en henvisning til søksmålets materielle holdbarhet. Ved anvendelsen av bestemmelsen må dermed retten ta stilling til holdbarheten av

⁴⁸ Se nærmere om bestemmelsen i Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 86-87 og Backer *Norsk Sivilprosess* s. 132.

⁴⁹ Se Skoghøy *Tvisteløsning* s. 296. Se også Rt. 2000 s.1379.

⁵⁰ Han var eller hadde vært part i 37 saker for Høyesterett, 101 saker for lagmannsrettene og 170 saker for tingrettene, se side 1115 i kjennelsen.

⁵¹ Side 1116 i kjennelsen.

⁵² Se NOU 2001:32 Bind B s. 661. Se også Rt. 2011 s. 818.

den materielle pretensjonen allerede på avvisningsstadiet. Som nevnt ovenfor, er dette i utgangspunktet klart i strid med tradisjonell norsk prosessrett der holdbarheten av kravet ikke er et tema i avvisningsomgangen. Samtidig er den situasjonen bestemmelsen regulerer såpass spesiell at bruddet med tradisjonell prosessrett kan forsvares. Personkretsen bestemmelsen retter seg mot er svært snever og det er en gruppe som kan sies å ha et behov for vern mot seg selv.⁵³ Samtidig har også de som utsettes for søksmålene, samt domstolene, behov for det vernet avvisningshjemmelen i tvl. § 2-2 (5) gir.⁵⁴ Kombinasjonen av at de to vilkårene (sakens karakter og forhold på saksøkersiden) gir tvisteloven § 2-2 (5) preg av å være en sikkerhetsventil for helt spesielle tilfeller. Dette inntrykket underbygges av uttalelser i forarbeidene hvor det påpekes at:

«Unntaket i (5) må forbeholdes de ekstreme tilfellene. De kumulative vilkårene er meget strenge. For det første må det være utvilsomt at saken ikke kan ha et fornuftig formål (...) Terskelen for å avvise en sak etter § 2-2 (5) er vesentlig strengere enn f.eks. vilkårene for å avsi dom etter forenklet domsbehandling, jf. § 9-8.»⁵⁵

Selv om bestemmelsen dermed er en avvisningshjemmel for ugrunnede søksmål, retter den seg mot en helt spesiell situasjon. Avvisningen skal som nevnt ikke bare skal ivareta parten selv, men også saksøkte og domstolene. Bestemmelsen er for øvrig lite anvendt i praksis.⁵⁶ Alt i alt er dermed inntrykket av bestemmelsen at den er lite egnet til *generelt* å håndtere ugrunnede søksmål. Men som nevnt er dette heller ikke meningen. I norsk prosessrett skal ugrunnede søksmål håndteres gjennom forenklet domsbehandling etter tvl. § 9-8.

⁵³ Se Rt. 2011 s. 826 (Avsnitt 26).

⁵⁴ Se videre Line Ravlo *Access to court – Access to Court in Civil Cases as Ensured by Article 6 of the European Convention on Human Rights* (disputasutgave), Tromsø 2000, s. 194-195 om hensynene bak begrensningen av søksmålsadgangen for denne personkretsen.

⁵⁵ Se NOU 2001:32 Bind B s. 661.

⁵⁶ Se imidlertid Rt. 2011 s. 818 hvor saken ble avvist etter tvl. § 2-2 (5). Samme saksøker fikk for øvrig avvist saksanlegget etter samme bestemmelse i LB-2014-56646. Dette styrker inntrykket av at bestemmelsen retter seg mot en snever personkrets. Se også LB-2015-102019.

3.4 Forenklet domsbehandling etter tvl. § 9-8

Som påpekt av tvistemålsutvalget, er det utvilsomt et behov for å ha regler som gjør det mulig å få avgjort åpenbare saker for domstolene raskt. Spørsmålet er imidlertid hvordan slike regler skal utformes på en måte som ivaretar retten til rettferdig å få sin sak behandlet og avgjort av en domstol. Alternativet til å avvise ugrunnede søksmål er å ha egne saksbehandlingsregler for disse kravene.⁵⁷ Da man ønsket å innføre slike regler i Norge, så tvistemålsutvalget til Anglo/amerikansk rett hvor det er regler om «summary judgments».⁵⁸ I tvisteloven ble dette til en regel om forenklet domsbehandling i § 9-8. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«Hvis det er klart at et krav som er fremmet, ikke for noen del kan gis medhold, eller det er klart at innsigelsene mot kravet i sin helhet er uholdbare, kan retten etter begjæring avgjøre kravet ved dom etter forenklet domsbehandling.»

Bestemmelsen retter seg altså mot situasjoner hvor det på saksforbredelsesstadiet fremstår som klart for retten at enten saksøker eller saksøkte ikke kan få medhold i sin påstand. Da kan retten – dersom en av partene begjærer det – beslutte å behandle saken gjennom forenklet domsbehandling.⁵⁹ Hvis forenklet domsbehandling ikke begjæres av parten, kan retten etter tvl. § 11-5 (1) veilede om at det ligger til rette for slik pådømmelse.⁶⁰ Dersom saken gjelder flere krav, kan det besluttes at et eller flere krav behandles gjennom forenklet domsbehandling mens øvrige krav behandles på vanlig måte.⁶¹ Rettens beslutning om forenklet domsbehandling kan ikke ankes med kan anføres som ankegrunn over saksbehandlingen, jf. tvl. § 9-8 (1) tredje punktum.⁶² Avgjørelse gjennom forenklet domsbehandling etter tvl. § 9-8 er forutsatt å skulle være den primære mekanismen for å håndtere ikke bare ugrunnede søksmål, men også ugrunnet forsvar. Begrunnelsen bak reglene ligger i dagen: Dersom det allerede på saksforbredelsesstadiet viser seg at kravet eller innsigelsen mot det er åpenbart uholdbart, er det unødvendig å kaste bort både partenes og

⁵⁷ Se Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 318.

⁵⁸ Se NOU 2001:32 Bind A s. 145.

⁵⁹ Merk at tvistesummen er her uten betydning. Det kan besluttes forenklet domsbehandling også i saker som går etter reglene om småkravsprosess.

⁶⁰ Se Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 319.

⁶¹ Se Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 318.

⁶² Se Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 319.

domstolenes ressurser på en omfattende behandling av saken.⁶³ Bestemmelsen er dermed tydelig forankret i prosessøkonomiske hensyn og er en forlengelse av rettens selvstendige plikt til å sørge for at behandlingen av saken tilpasses tvistens kompleksitet og betydning. Slik sett springer regelen direkte ut av formålsbestemmelsen i tvl. § 1-1 om tilrettelegging for rask og effektiv behandling av retts tvister og bidrar til å realisere denne.

3.4.1 Ekskurs – burde ugrunnede søksmål avvises eller avgjøres gjennom forenklet domsbehandling?

Forarbeidene gir altså anvisning på at dersom et søksmål er ugrunnet eller forsvaret mot søksmålet er ugrunnet, skal saken avgjøres gjennom forenklet domsbehandling fremfor avvisning. Robberstad har imidlertid reist kritikk mot denne løsningen. Hun viser til at EMD i etterkant av Rt. 2003 s. 301 (Undersøkelsessak) aksepterte avvisning som konvensjonsmessig.⁶⁴ Dommen i EMD kom etter at tvisteloven ble vedtatt i 2005. Av dette trekker hun den slutningen at reglen om forenklet domsbehandling av ugrunnede søksmål ikke *må* praktiseres slik forarbeidene angir.⁶⁵ Dommen medfører – hevdes det – et endret rettskildebilde sammenlignet med slik situasjonen var da tvisteloven ble vedtatt. I det følgende vil jeg komme med noen korte bemerkninger om hvorvidt ugrunnede søksmål burde avvises eller avgjøres gjennom forenklet domsbehandling.

Begrunnelsen for å avvise et ugrunnet søksmål fremfor å realitetsbehandle det gjennom forenklet domsbehandling er forankret i prosessøkonomiske hensyn. Men som nevnt representerer avvisning av ugrunnede søksmål et tydelig brudd med tradisjonell norsk prosessrett. For at et slikt brudd skal kunne forsvares må det etter min oppfatning være prosessøkonomiske fordeler ved avvisning. Hvorvidt det er tilfellet, kommer an på hvordan saksbehandlingsreglene ved forenklet domsbehandling er utformet. Disse er i svært liten grad konkretisert. Ved forenklet domsbehandling skal det i utgangspunktet avholdes et rettsmøte, men dommeren kan også avgjøre saken uten dette. Det avgjørende er om saksbehandlingen – samlet sett – oppfyller kravene til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95.⁶⁶ Saksbehandlingen ved forenklet domsbehandling karakteriseres dermed av at den er

⁶³ Se NOU 2001:32 Bind B s. 752.

⁶⁴ Se saken K.T v. Norway, Application no.26664/03, Judgement of 25 September 2008.

⁶⁵ Anne Robberstad *Sivilprosess 3.utgave*, Oslo 2015, s. 58.

⁶⁶ Se NOU 2001:32 Bind B s. 753.

svært fleksibel. Når det er tilfelle, vil retten kunne få avgjort saker svært raskt gjennom denne behandlingsformen. I beste fall vil derfor den prosessøkonomiske gevinsten ved å avvise saken fremfor avgjørelse gjennom forenklet domsbehandling være beskjeden.⁶⁷ Slik jeg ser det, er dette et tungtveiende argument i favør av å avgjøre åpenbare saker ved forenklet domsbehandling fremfor avvisning.

Et annet argument som trekker i retning av å avgjøre åpenbare saker gjennom forenklet domsbehandling fremfor avvisning, er at man da får en rettskraftig dom i saken.⁶⁸ Det går et grunnleggende skille mellom avvisningskjennelser og realitetsdommer gjennom at retten i en avvisningskjennelse ikke tar stilling til sakens realitet. Dersom saken avvises blir ikke det som er sakens tvistegjenstand – kravet – endelig avgjort, jf. tvl. § 19-15 (2). Riktignok la Høyesterett i Rt. 2007 s. 234 (Kongsberg) til grunn at også avvisningskjennelser har *rettskraftsvirkninger*.⁶⁹ Likevel er det noe uklart hva som blir rettskraftig avgjort ved en avvisningskjennelse. Den mest nærliggende forståelsen er at en avvisningskjennelse har en *form* for rettskraft ved at et søksmål om samme krav skal avvises som rettskraftig avgjort dersom saken står i nøyaktig samme stilling som sist. Dette er til forskjell fra rettskraft i tradisjonell forstand, hvor det som nevnt er *kravet* som blir rettskraftig avgjort. Dommen er kritisert i juridisk teori, og hvilke rettskraftsvirkninger en avvisningskjennelse faktisk har, er uklart.⁷⁰ Under enhver omstendighet vil avgjørelsesformen *dom* være mer hensiktsmessig enn *kjennelse* da rettskraftsvirkningen i det førstnevnte tilfelle blir skarpere enn dersom saken avvises. At man ved forenklet domsbehandling får avgjort kravet i saken, innebærer at denne behandlingsmåten nok er å foretrekke fremfor avvisning.⁷¹

Slik jeg ser det, er det derfor – til tross for EMDs dom *K.T mot Norge* – grunn til å holde fast ved den ordning for håndteringen av ugrunnede søksmål tvisteloven legger opp til. Denne ordningen er mest i samsvar med norsk prosessstradisjon hvor det skilles skarpt mellom sakens prosessuelle og materielle sider. Ved realitetsbehandling av kravet vil dette, til forskjell fra

⁶⁷ Slik også Skoghøy *Tvisteløsning* s. 395.

⁶⁸ Se NOU 2001:32 Bind B s. 752 hvor det understrekes at dom ved forenklet domsbehandling «innebærer en realitetsavgjørelse av de fremsatte krav».

⁶⁹ Avsnitt 62 i dommen.

⁷⁰ Se Skoghøy *Tvisteløsning* s. 1053 flg.

⁷¹ Se i samme retning for søksmål om gjelder brudd på EMK Line Ravlo *Domstolsadgang i saker om krenkelser av menneskerettigheter* i Kritisk Juss 1998 s. 354,

ved avvisning, bli rettskraftig avgjort. I tillegg er nok de prosessøkonomiske gevinstene ved avvisning nokså beskjedene.

Til tross for at forenklet domsbehandling som behandlingsmåte for ugrunnede søksmål er å foretrekke fremfor avvisning, er heller ikke dette alltid en fullgod løsning. Det skyldes at beslutningen om forenklet domsbehandling treffes under saksforberedelsen på grunnlag av det som fremkommer der. Samtidig forutsetter forarbeidene at terskelen for å beslutte dette er svært høy. Det må være «klart» at saksøkers krav ikke kan gis medhold, eller at saksøktes innsigelser mot kravet ikke kan føre frem, se tvl. § 9-8 (1). Domstolen kan bare beslutte forenklet domsbehandling dersom det er «fullt forsvarlig» å konstatere at kravet eller innsigelsen mot det er «åpenbart uholdbart».⁷² På saksforberedelsesstadiet vil imidlertid situasjonen sjelden være slik at saken er tilstrekkelig opplyst til at det er «klart» at kravet eller innsigelsen mot det er uholdbare. Særlig i tvister som reiser kompliserte faktiske og rettslige spørsmål – for eksempel patentsaker – vil nok dette være hovedregelen snarere enn unntaket.⁷³ I praksis vil trolig forenklet domsbehandling være uaktuelt i større kommersielle tvister, særlig dersom saken legges komplisert opp fra partenes side.⁷⁴ Samtidig er det trolig i denne type saker at tapspotensialet ved ugrunnede søksmål er størst. En annen side ved reglene om forenklet domsbehandling, er at de kun er egnet til å redusere *omfanget* av de skadevirkningene et ugrunnet søksmål kan påføre motparten. Den som utsettes for et ugrunnet søksmål kan til tross for at saken til slutt behandles gjennom forenklet domsbehandling, likevel bli påført et betydelig økonomisk tap utover sakskostnadene.

3.5 Ansvar for sakskostnadene

Et fellestrekk ved avvisning etter tvl. § 2-2 (5) og forenklet domsbehandling tvl. § 9-8 er at de gjelder behandlingsmåten for hvordan ugrunnede søksmål skal håndteres dersom de først anlegges. Samtidig er det mekanismer i rettergangslovgivningen som skal motvirke at slike

⁷² Se NOU 2001:32 Bind A s. 145.

⁷³ I samme retning Robberstad *Sivilprosess* s. 143 for saker hvor det anføres brudd på EMK. Roxar-saken illustrerer også godt at det er vanskelig å vurdere kravets materielle holdbarhet på saksforberedelsesstadiet. Hovedforhandlingen i tingretten pågikk her i 39 dager, mens det i lagmannsretten var satt av 36 dager.

⁷⁴ Mitt inntrykk av rettspraksis er at forenklet domsbehandling ofte besluttes i saker hvor private parter saksøker staten. Se for eksempel TOSLO-2013-164843

søksmål i det hele tatt fremmes. Her er særlig ansvar for motpartens sakskostnader sentralt.⁷⁵ Erstatningsansvar er i alminnelighet antatt å ha en handlingsdirigerende effekt. Tanken er at frykten for å pådra seg et erstatningsansvar eller straff for å begå bestemte handlinger gjør at man avstår fra å utføre handlingen i utgangspunktet. Dette omtales stikkordsmessig som *prevensjonshensynet*.⁷⁶ Erstatning for sakskostnadene står ikke her noen særstilling. Tvistemålsutvalget skriver at:

«Det er nødvendig å ha for øye at saksomkostninger – og saksomkostningsregler – i mange sammenhenger må antas å ha viktige handlingsdirigerende virkninger. Slike virkninger kan være alt fra det helt grunnleggende, at risiko for å bli ilagt et betydelig omkostningsansvar ved søksmål kan føre til at parter avstår fra å reise sak. Det vil være uheldig dersom sakene er vel fundert, og det er behov for å løse tvistene. Men det kan ha den gode virkning at dårlig funderte saker ikke blir forfulgt for domstolene.»⁷⁷

Et potensielt ansvar for sakskostnadene maner til forsiktighet når man skal ta stilling til hvorvidt man skal gå til domstolene med saken sin. Som regel vil dermed sakskostnadsansvaret ha den handlingsdirigerende virkningen det er forutsatt å skulle ha og motvirker unødige saksanlegg.⁷⁸ For større kommersielle aktører er det imidlertid ikke gitt at ansvar for egne og motpartens sakskostnader er et tilstrekkelig effektivt botemiddel for ugrunnet opptreden for domstolene. Den samlede gevinsten som kan oppnås gjennom søksmålet kan tenkes å være betydelig større enn sakskostnadsansvaret.⁷⁹ Søksmålet kan for eksempel «knekke» en konkurrent i en sårbar oppstartsfase.⁸⁰ Poenget er at selv om ansvar for egne og motpartens sakskostnader *som regel* er tilstrekkelig til å hindre at ugrunnede søksmål

⁷⁵ Se Skoghøy *Tvisteløsning* s. 1055.

⁷⁶ Se Nygaard *Skade og Ansvar* s. 20. Se også Viggo Hagstrøm og Are Stenvik *Erstatningsrett*, Oslo 2015, s. 19. Se videre Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016, s. 53.

⁷⁷ NOU 2001:32 Bind B s. 530

⁷⁸ Se Skoghøy *Tvisteløsning* s. 1055.

⁷⁹ Som illustrasjon kan det nevnes at saksøkte (Multi Phase Meters) hevdet å ha blitt påført et tap i størrelsesorden kr. 110 millioner som følge av søksmålet fra Roxar. Dette også lagt til grunn av lagmannsretten, som mente at tapet var påregnelig for saksøker på tidspunktet for stevningen. Sakskostnadene saksøker (Roxar) måtte betale var om lag kr. 15 millioner, se LG-2012-162195.

⁸⁰ Det var dette Multi Phase hevdet var Roxar motivasjon bak søksmålet

anlegges, er det ikke alltid slik. I slike tilfeller vil det derfor kunne være behov for å *supplere* sakskostnadsansvaret med erstatningsansvar også for tap utover sakskostnadene.

3.6 Erstatning til det offentlige og rettergangsbøter – domstoloven §§ 202 og 203

Ansvar for sakskostnadene er imidlertid ikke det eneste økonomiske ansvaret man risikerer å pådra seg ved å anlegge et ugrunnet søksmål. Domstoloven kapittel 10 inneholder flere bestemmelser som mer eller mindre direkte angår ugrunnede søksmål. Særlig bestemmelsene i domstoloven §§ 202 og 203 er sentrale.⁸¹ I henhold til domstoloven § 202 kan en part som «åpenbart uten grunn» enten har anlagt et søksmål eller tatt til motmæle mot et søksmål pålegges å erstatte utgiftene det offentlige har hatt med saken. Vedkommende kan *i tillegg* ilegges rettergangsbøter. Tilsvarende kan en part ilegges rettergangsbøter dersom vedkommende blant annet «unødig vidløftiggjør saken». Det samme ansvaret gjelder for øvrig også for partens partshjelper, stedfortreder, prosessfullmektig eller rettslig medhjelper.⁸² Videre kan den som «åpenbart uten grunn» har anket over beslutning eller kjennelse straffes med bøter», jf. domstoloven § 203. Samlet sett gir bestemmelsene hjemmel for å sanksjonere klanderverdig adferd overfor domstolen, enten i form av straff (bøter) eller erstatningsansvar overfor det offentlige.

På samme måte som ansvar for sakskostnadene, er også erstatningsansvar overfor staten samt rettergangsbøter ment å ha en handlingsdirigerende effekt.⁸³ Ovenfor ble det imidlertid antydnet at sakskostnadsansvaret ikke nødvendigvis har denne effekten for større kommersielle aktører da ansvar for sakskostnadene ikke alltid «svir» tilstrekkelig. Det samme gjelder trolig for erstatning overfor det offentlige og rettergangsbøter. Omfanget av dette ansvaret er gjennomgående nokså begrenset.⁸⁴ Som eksempel nevnes her saken TOSLO-2003-4933. Her hadde hovedforhandlingen i tingretten tatt åtte dager, i tillegg til at det hadde vært gjennomført saksforberedende møte. Retten hadde også vært satt med fagkyndige meddommere. Retten uttalte at:

⁸¹ Se Jens Edvin Andreassen [Skoghøy] *Rettergangsstraff – Særlig om domstolslovens §§ 198, 200, og 202-204*, Oslo 1987, s.59 flg.

⁸² Se nærmere om bestemmelsen i Anders Bøhn *Domstoloven kommentarutgave 2.utgave*, Oslo 2013, s. 852 flg.

⁸³ Se Andreassen [Skoghøy] *Rettergangsstraff* s. 15.

⁸⁴ Slik også Bøhn *Domstoloven kommentarutgave* s. 820. I LB-2007-82460-1 ble for eksempel rettergangsbøten satt til kr. 10 000,-. Høyesterett forkastet anken, se Rt. 2008 s. 610.

«Rettens konklusjon er at søksmålet, da dette ble tatt ut, ble anlagt åpenbart uten grunn, hvilket her betyr uten bevis som skulle gjøre det mulig at påstanden ville kunne føre frem (...) Det erstatningskrav saksøker har fremsatt finner retten fullstendig udokumentert og ikke egnet som grunnlag for erstatningsutmåling, selv om man hadde funnet at det forelå et ansvarsgrunnlag. Også her finner retten at søksmålet mangler enhver seriøsitet.»

Til tross for at saken var lagt bredt opp, var statens erstatningskrav mot partene kun kr. 15 000,- som ble fordelt mellom parten, prosessfullmektigen og hjelpeintervienten. Dette beløpet er neppe stort nok til at erstatningsansvaret får den handlingsdirigerende effekten det er ment å ha. Likevel må det antas at det vil være en belastning for omdømmet både til parten og prosessfullmektigen å bli ilagt rettergangsbøter. Det omdømmetapet parten eller prosessfullmektigen risikerer ved å bli ilagt rettergangsbøter er nok større enn det direkte økonomiske tapet. Men for at en sanksjon mot uønsket adferd skal være et reelt «ris bak speilet», må sanksjonen *håndheves*. I motsatt fall blir det en tom trussel. Rettergangsbøter kan ilegges av retten på eget tiltak, men i praksis skjer det trolig sjeldent uten at en av partene begjærer det.⁸⁵ Basert på søk i lovdata, er mitt inntrykk at bestemmelsene knyttet til ansvar i forbindelse med rettergang, i liten grad håndheves.⁸⁶ Dette gjelder særlig med hensyn til statens erstatningskrav, men også for rettergangsbøter.⁸⁷

3.7 Kort oppsummering

Gjennomgangen av disse reglene synliggjør at lovgiver ikke har oversett at det fra tid til annen anlegges ugrunnede søksmål, føres ugrunnede forsvar og gjennomføres ugrunnede prosesshandlinger. Totaliteten av reglene gir snarere det motsatte inntrykket. Lovgiver har gitt egne behandlingsmåter og sanksjonsmekanismer mot ugrunnet opptreden for domstolene. Men som nevnt hjemler ingen av disse reglene partens erstatningsansvar overfor motparten for tap utover sakskostnadene. Det er i seg selv noe påfallende. Man *kunne* ha tolket lovgivers

⁸⁵ Se Andreassen [Skoghøy] *Rettergangsstraff* s. 16.

⁸⁶ Se <http://www.aftenposten.no/norge/Domt-for-elendig-innsats-i-retten-520286b.html> (besøkt 23.05.2017) hvor det fra advokathold påpekes at bestemmelsen benyttes «ytterst sjelden».

⁸⁷ Det er for så vidt illustrerende at hverken rettergangsbøter eller erstatning overfor det offentlig var et tema ved tingrettens og lagmannsrettens behandling av Roxar-saken. Se henholdsvis TSTAV-2008-63264 og LG-2012-162195.

taushet om spørsmålet som et uttrykk for at det ikke er mulig å pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader. Synspunktet ville i så fall ha vært at rettergangslovgivningen *uttømmende* regulerer det ansvaret man kan pådra seg for opptreden for domstolene. Den alminnelige erstatningsretten har imidlertid karakter av å være bakgrunnsrett som kommer til anvendelse med mindre det er gitt tydelig uttrykk for noe annet. Ulovfestet erstatningsrett fyller slik sett ut et tomrom i rettergangslovgivningen om partens erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader. Samtidig er det viktig å ha for øye den øvrige reguleringen i rettergangslovgivningen om håndteringen og sanksjoneringen av ugrunnede søksmål. Totaliteten av reguleringen utgjør et system som erstatningsansvar utover sakskostnadene må passes inn i. Det er imidlertid ikke bare denne reguleringen som er viktig når man drøfter erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader. Menneskerettslige og konstitusjonelle regler legger betydelige føringer på adgangen til å idømme et slikt ansvar. Disse føringene er temaet i det følgende.

4. Menneskerettslige og konstitusjonelle føringer

4.1 Innledning

Hovedregelen i norsk erstatningsrett er at skadelidte kan kreve *full erstatning* for det økonomiske tapet vedkommende er påført som følge av den skadevoldende handlingen.⁸⁸ Skadelidte skal så langt det er mulig stilles økonomisk som om skaden ikke hadde skjedd.⁸⁹ Vanligvis er det tilstrekkelig for å komme i ansvar at skadevolder har utvist *uaktsomhet*.⁹⁰ Denne modellen for erstatning er imidlertid primært utviklet med person- og tingsskade for øye. Da springer det økonomiske tapet ut av en fysisk skade på person eller ting (realskaden).⁹¹ Ved ugrunnet opptreden for domstolen oppstår det imidlertid ingen realskade, og det eventuelle tapet er dermed et *rent formuestap*.⁹² Ved rene formuestap er det antatt at det alminnelige erstatningsrettslige utgangspunktet om at skadevolder må ha handlet uaktsomt, forskyves noe. Bakgrunnen for dette er at det i mange sammenhenger er rettmessig å påføre andre økonomisk tap.⁹³ Utgangspunktet når det gjelder erstatning for rene formuestap blir dermed ikke et spørsmål om skadevolder har handlet uaktsomt, men om vedkommende har handlet i strid med etablerte adferdsnormer på det aktuelle området.⁹⁴ En annen måte å formulere problemstillingen på, er om skadevolder har handlet «rettstridig» overfor skadelidte.⁹⁵

Den ansvarsnormen Høyesterett oppstilte er imidlertid verken basert på en aktsomhetsvurdering eller en vanlig rettsstridsstridsvurdering. For å pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader, kreves det misbruk av domstolssystemet. Grunnen til at Høyesterett oppstilte en såpass snever ansvarsregel er blant annet at

⁸⁸ Se Nygaard *Skade og ansvar* s. 71 og Hagstrøm/Stenvik *Erstatningsrett* s. 491. Se videre Rt. 2015 s. 216 (Ulovlig hogst)

⁸⁹ Se Peter Lødrup med bistand av Morten Kjelland *Lærebok i erstatningsrett* 6. utgave, Oslo 2009, s. 447.

⁹⁰ Se Lødrup med bistand av Kjelland *Lærebok i erstatningsrett* s. 128.

⁹¹ Se Trine-Lise Wilhelmsen og Birgitte Hagland *Om erstatningsrett – Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*, Oslo 2017, s. 59.

⁹² Riktignok kan det tenkes at saksøkte som følge av den belastningen søksmålet medfører utvikler depresjon eller andre psykiske problemer. Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på dette.

⁹³ Se Hagstrøm/Stenvik *Erstatningsrett* s. 121.

⁹⁴ Se Hagstrøm/Stenvik *Erstatningsrett* s. 121.

⁹⁵ Se Lødrup med bistand av Kjelland *Lærebok i erstatningsrett* s. 166-167.

erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader kan bidra til at parter, i frykt for å pådra seg et stort og uoversiktlig erstatningsansvar, avstår fra å fremme holdbare krav for domstolene. Erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader står dermed i et spenningsforhold til *retten til domstolstilgang* etter EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95.⁹⁶ Retten til domstolstilgang er «jokeren» som gjør at det her behov for en annen tilnærming til ansvarsspørsmålet enn i andre erstatningssaker, også de som gjelder rent formuestap. Ansvarsnormen for ugrunnede søksmål er dermed en spesialregel som skal ta høyde for typetilfellets egenart. For å få en fullgod forståelse av hvorfor erstatning utover sakskostnadene i det hele tatt er problematisk, må man derfor forstå konteksten spørsmålet inngår i. Temaet videre er dermed å forklare hvordan retten til domstolstilgang (access to court) danner rammen for problemstillingen knyttet til erstatning for ugrunnede søksmål.

4.2 EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95

Retten til domstolstilgang utledes av EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95. Før jeg går inn på det materielle innholdet av disse, vil jeg si litt om *forholdet* mellom de to bestemmelsene.⁹⁷ EMK artikkel 6 har følgende ordlyd:

«In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.»

Tilsvarende legger Grunnloven § 95 første ledd første punktum til grunn at:

«Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig.»

Rent språklig er disse svært like. Da Grunnloven § 95 ble endret i 2014, ble det forutsatt at bestemmelsens innhold var sammenfallende med innholdet i EMK artikkel 6. Praksis fra

⁹⁶ Lov 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) og lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

⁹⁷ Se nærmere om dette Arnfinn Bårdsen *Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten – Noen linjer i Høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen i 2014* s. 7 flg. i JV /012017

EMD «ble med på lasset».⁹⁸ Men når det gjelder den *fremtidige* utviklingen av bestemmelsen, er det imidlertid ingen automatikk i dette kan fastlegges gjennom å se til EMDs praksis. Som det er uttrykt i Rt. 2015 s. 93 (Maria) er det «etter vår forfatning Høyesterett - ikke de internasjonale håndhevingsorganene - som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».⁹⁹ Samtidig ble det i forarbeidene til menneskerettighetskatalogen i Grunnloven vist til at bestemmelsen også i fremtiden må tolkes *i lys av* praksis knyttet til de korresponderende bestemmelsene i EMK.¹⁰⁰ For alle praktiske formål er det dermed grunn til å anta at innholdet i Grunnloven § 95 er – og vil fortsette å være – det samme som i EMK artikkel 6.¹⁰¹ Dette synes for øvrig Høyesterett uten videre å forutsette i Roxar-dommen. Av hensyn til oppgavens omfang går jeg ikke nærmere inn på denne problemstillingen her. I denne avhandlingen forutsettes det at innholdet i EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95 er sammenfallende.

Når det gjelder det materielle innholdet av EMK artikkel 6, er kjernen i bestemmelsene at rettergangen – både i sivile saker og i straffesaker – skal være rettferdig (fair). At saken skal avgjøres av et «independent and impartial tribunal established by law», er en konkretisering av den overordnede «fair hearing-standarden».¹⁰² Rent språklig er det imidlertid vanskelig å lese EMK artikkel 6 slik at den oppstiller noen rett på tilgang til domstolene. Ordlyden retter seg primært mot gjennomføringen av en *allerede verserende sak*. At EMK artikkel 6 også oppstiller en rett på tilgang til domstolene, ble imidlertid slått fast i saken *Golder mot Storbritannia* fra 1975.¹⁰³

Saken gjaldt en innsatt i et engelsk fengsel som ønsket å anlegge et sivil søksmål mot en av vokterne i fengselet. For å anlegge søksmålet var den innsatte avhengig av å kommunisere med advokat, noe han ble nektet. Problemstillingen for EMD var blant annet om dette innebar

⁹⁸ Se Arnfinn Bårdsen *Norges Høyesterett, Grunnloven og menneskerettighetene* i Andreas Føllesdal, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.) *Menneskerettighetene og Norge – Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Oslo 2017, s. 77.

⁹⁹ Se avsnitt 57 i dommen.

¹⁰⁰ Se Dok. 16 (2011-2012) *Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven* s. 90

¹⁰¹ I samme retning Arnulf Tverberg *Ny vår for menneskerettighetene i Grunnloven?* Tilgjengelig på https://lovdata.no/pro/#document/JUS/tverberg-a-2014-04/KAPITTEL_26 (Besøkt 07.12.2016)

¹⁰² Se Sverre Erik Jebens *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo 2004, s. 314.

¹⁰³ *Golder v. United Kingdom*, Application no. 4451/70. Judgement of 21 February 1975.

en krenkelse av den innsattes rettigheter etter EMK artikkel 6. Spørsmålet var om bestemmelsen er begrenset til å regulere gjennomføringen av en *allerede verserende sak*, eller om den også sikrer *tilgang til domstolene*. Domstolen pekte her på at bestemmelsens ordlyd indikerer at anvendelsesområdet er begrenset til gjennomføringen av en allerede verserende sak. Likevel ble det lagt til grunn at rettfærdig rettergang *forutsetter* retten til å innlede rettergang. I avsnitt 35 av dommen ble det uttalt:

«It would be inconceivable, in the opinion of the Court, that Article 6 para. 1 (art.6-1) should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings.»

Dommen ble avsagt med flere dissenterende vota, men flertallets standpunkt er fulgt opp i omfattende praksis fra EMD og lagt til grunn i juridisk teori. Dermed er det i dag sikker tolkning av bestemmelsen at den hjemler rett til domstolstilgang (access to court).¹⁰⁴ I Grunnloven § 95 fanger formuleringen «få sin sak avgjort» opp den innfortolkede retten på domstolstilgang i EMK artikkel 6. I forarbeidene til Grunnloven § 95 er det uttalt:

*«Formuleringen får på en enkel måte frem at domstolene skal være uavhengige og upartiske. I tillegg får formuleringen frem det som etter EMK artikkel 6 nr. 1 gjerne har vært omtalt som «access to court.»*¹⁰⁵

At man formelt sett har tilgang til domstolene er imidlertid ikke tilstrekkelig å oppfylle kravene etter EMK 6 eller Grunnloven § 95. EMD gjentar til stadighet at konvensjonen skal sikre «rights that are not theoretical or illusory but rights that are practical and effective».¹⁰⁶

¹⁰⁴ Se blant annet sakene Kreuz v. Poland, Application no. 28249/95, Judgement of 19 June 2001, Z and others v. United Kingdom Application no 29392/95, Judgement of 10 May 2001, og Stubbings and others v. United Kingdom. Application no. 22083/93; 22095/93, Judgement of 22 October 1996. Se videre Jørgen Aall *Rettsstat og Menneskerettigheter – En innføring i vernet av individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, Bergen 2015, s. 429 og Erik Møse *Menneskerettigheter*, Oslo 2002, s. 313.

¹⁰⁵ DOK 16 s. 124.

¹⁰⁶ Se for eksempel Kreuz mot Polen (Avsnitt 57).

Med andre ord: For å oppfylle kravene etter konvensjonen må domstolstilgangen være *effektiv*. I praksis innebærer dette at det ikke kan oppstilles hindringer som gjør det uforholdsmessig vanskelig eller risikabelt å prøve saken sin for domstolene.¹⁰⁷ Da er domstolstilgangen kun formell, ikke reell.

4.3 Effektiv tilgang med forholdsmessige begrensninger

Effektiv domstolstilgang er imidlertid ikke det samme som ubegrenset domstolstilgang. Tvert imot forutsetter domstolstilgang i seg selv visse begrensninger: Den kommer med *implied limitations*.¹⁰⁸ Dette er understreket flere ganger av EMD, for eksempel i saken *Aït-Mouhoub mot Frankrike*.¹⁰⁹ Domstolen uttalte her:

*«The “right to a court”, of which the right of access constitutes one aspect is not absolute but may be subject to limitations permitted by implication. However, these limitations must not restrict or reduce a person’s access in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired, and they will not be compatible with Article 6 § 1 if they do not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved.»*¹¹⁰

Praksis fra EMD illustrerer hvordan begrensninger i domstolstilgangen kan arte seg forskjellig.¹¹¹ Slik jeg oppfatter denne praksisen, er urimelige søksmålsbetingelser og krav om rettsgebyrer/sikkerhetstillegg i forbindelse med *anleggelsen* av et søksmål de mest praktiske typetilfellene.¹¹² Rettsgebyret er for eksempel så høyt at parten ikke har råd til å anlegge søksmålet. Det kan også tenkes at regler om verneting i praksis gjør at det er umulig for

¹⁰⁷ Se Aall *Rettsstat og Menneskerettigheter* s. 430.

¹⁰⁸ Se NOU 2001:32 Bind A s. 169. Se også Backer *Norsk Sivilprosess* s. 97. Se videre Ravlo *Access to court* s. 173 flg og Jon Fridrik Kjølbro *Den europeiske menneskerettighetskonvention – for praktikere*, København 2010, s. 383.

¹⁰⁹ *Aït-Mouhoub v. France*, Application no. 103/1997/887/1099, Judgement of 28 October 1998.

¹¹⁰ Avsnitt 52 i dommen.

¹¹¹ Se saken *Z mfl. mot Storbritannia* hvor domstolen viser til at for eksempel søksmålsfrister, krav om sikkerhetstillegg og begrensninger i søksmålsadgangen til sinnslidende og mindreårige i prinsippet er akseptable begrensninger.

¹¹² Se om sikkerhetstillegg for krav om sakskostnader i relasjon til retten til domstolstilgang, Rt. 1999 s. 961. Se videre Aall *Rettsstat og menneskerettigheter* s. 432.

saksøker å anlegge søksmålet. Fellestrekket er at det er tale hindringer *på veien inn* til domstolen. Som nevnt er imidlertid temaet for denne avhandlingen hvorvidt *etterfølgende økonomiske sanksjoner* i form av erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader kan komme i konflikt med retten til domstolstilgang.

Ettersom ansvaret eventuelt inntreffer først etter at saken er realitetsbehandlet, kan det ved første øyekast kanskje fremstå som noe anstrengt å hevde dette. Et eventuelt *etterfølgende* erstatningsansvar rokker ikke ved den praktiske muligheten til å *anlegge* søksmålet. Men her må man igjen ha for øye EMDs påpekning om at rettighetene etter EMK skal være praktiske og effektive. Frykten for eventuelle etterfølgende økonomiske sanksjoner i forbindelse med opptrenden for domstolene vil som nevnt kunne legge en vesentlig demper på lysten til å anlegge søksmålet i utgangspunktet. Det potensielle etterfølgende ansvaret kan dermed fungere som et like reelt hinder på domstolstilgangen som økonomiske hindringer i forkant av en sak. Kommisjonen slo derfor tidlig fast at høye kostnader knyttet til utøvelse av domstolstilgangen - generelt sett - kunne reise problemer knyttet til EMK artikkel 6.¹¹³ I saken *X og Y mot Nederland* fra 1985 uttalte den:

*«The Commission however, admits that, in certain circumstances, high costs of proceedings may raise an issue under Article 6 para. (1) of the convention, which secures to everyone a right of access to the courts and the right to a fair trial.»*¹¹⁴

Dette er fulgt opp i senere praksis, blant annet i saken *Stankov mot Bulgaria*.¹¹⁵ Her hadde en mann søkt erstatning fra staten for uberettiget straffeforfølgelse. Saksøkeren vant frem, men ble tilkjent et vesentlig lavere beløp enn det han hadde lagt ned påstand om. Som følge av at det tilkjente beløpet var såpass mye lavere enn i påstanden, ble han ilagt ansvar for sakskostnadene. Disse utgjorde omtrent like mye som saksøker var tilkjent i erstatning, slik at

¹¹³ Tidligere måtte klager først behandles i kommisjonen, før saken eventuelt ble fremmet for domstolen. Denne ordningen ble avvirket i 1998 slik at saker nå fremmes direkte for EMD. Se Arnfinn Bårdsen *Krenkelser og klager: vilkårene for realitetsbehandling av private klager ved Den europeiske menneskerettsdomstolen*, Oslo 1999, s. 27 flg.

¹¹⁴ *X and Y v. The Netherlands*, Application no. 6202/73, Judgement of 26 March 1985.

¹¹⁵ *Stankov v. Bulgaria*, Application no. 68490/01. Judgement of 12 July 2007. Se også *Sace Elektrik Ticaret Ve Sanayi A.S v. Turkey*, Application no. 20577/05. Judgement of 22 October 2013.

han alt i alt endte omtrent i null. Spørsmålet for EMD var hvorvidt dette *etterfølgende økonomiske ansvaret* representerte en krenkelse av saksøkers rett på tilgang til domstolene. I denne vurderingen fremhevet domstolen at saksøkte hadde fått realitetsbehandlet og avgjort saken i sin favør av en domstol. Slik sett kunne det hevdes at han hadde hatt «access to court». Likevel la domstolen til grunn at det betydelige sakskostnadsansvaret saksøker ble pålagt i forbindelse med saken medførte at hans rett på domstolstilgang var krenket. EMD uttalte:

*«In practical terms, the imposition of a considerable financial burden due after the conclusion of the proceedings may well act as a restriction on the right to a court. The costs order against the applicant constituted such a restriction.»*¹¹⁶

Det kan på bakgrunn av dette legges til grunn at etterfølgende økonomisk ansvar i forbindelse med opptreden for domstolen i prinsippet kan representere en krenkelse av retten til domstolstilgang.¹¹⁷ Samtidig er det ikke slik at ethvert etterfølgende økonomisk ansvar er tilstrekkelig til å anse retten til domstolstilgang som krenket. Som påpekt av Ravlo er ikke effektiv domstolstilgang synonymt med kostnadsfri domstolstilgang.¹¹⁸ Hvorvidt retten til domstolstilgang er krenket som følge av økonomiske hindringer, beror på en konkret vurdering. Saken *Podbielski og PPU Polpure mot Polen* bidrar til å trekke opp rammen for hvordan denne vurderingen skal foretas:

«The requirement to pay fees to civil courts in connection with claims, or appeals, they are asked to determine cannot be regarded as a restriction on the right of access to a court that is incompatible per se with Article 6 § 1 of the Convention. However, the amount of the fees assessed in the light of the particular circumstances of a given case, including the applicant's ability to pay them, and the phase of the proceedings at which that restriction has been imposed are factors which are material in determining

¹¹⁶ Avsnitt 54 i dommen.

¹¹⁷ Slik også Anne-Karin Nesdam *Retten til domstolsprøving og ansvar for ugrunnet søksmål* Lov og Rett 07/2015 s. 382.

¹¹⁸ Se Ravlo *Access to court* s. 272.

*whether or not a person enjoyed his right of access and had “a ... hearing by [a] tribunal.»*¹¹⁹

På bakgrunn av denne gjennomgangen kan det trekkes følgende slutninger: EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95 oppstiller en rett på tilgang til domstolene. Retten til domstolstilgang er ikke ubegrenset og økonomiske hindringer knyttet til utøvelse av retten er i prinsippet akseptabelt. Dette gjelder både hindringer i forbindelse med adgang til å anlegge søksmålet og i form av etterfølgende ansvar. Hvorvidt slike hindringer er i strid med EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95 beror på en konkret helhetsvurdering. Sentrale momenter i vurderingen er omfanget av kostnadene og partens mulighet til å bære disse. Det er også relevant om kostnaden relaterer seg direkte til å anlegge søksmålet eller om kostnaden først eventuelt inntreffer etter at saken er avsluttet. Disse momentene er imidlertid ikke uttømmende: Det må også tas hensyn sakens konkrete omstendigheter (the particular circumstances of a given case). Kostnaden kan under enhver omstendighet ikke være av et slikt omfang eller karakter at den rammer kjernen av domstolstilgangen (the very essence). Kostnaden må forfølge legitime formål og være forholdsmessig. Det er imidlertid ingen saker fra EMD som direkte gjelder spørsmålet knyttet til erstatningsansvar utover sakskostnadene. Hvorvidt et ansvar utover sakskostnadene er i samsvar med konvensjonen må dermed ta utgangspunkt i denne generelle rettssetningen.¹²⁰

¹¹⁹ Podbielski and PPU Polpure v. Poland, Application no. 39199/98. Judgement of 26 July 2005. Avsnitt 64 i dommen.

¹²⁰ Slik også Høyesterett gjorde i Roxar-saken, se avsnitt 28 i dommen.

5. Erstatning for ugrunnet søksmål

5.1 Innledning

Temaet i avhandlingens punkt 5 er å se nærmere på hva som skal til for å kreve erstatning for tap utover sakskostnadene for ugrunnede søksmål. Ambisjonen er å operasjonalisere ansvarsnormen Høyesterett oppstilte i Roxar-saken. Kapitlet omhandler kun ansvar på saksøkersiden for ugrunnet søksmål. Ansvar på saksøktesiden for ugrunnet forsvar behandles i kapittel 6. Videre omhandler dette kapitlet bare spørsmål om erstatningsansvar utover sakskostnadene som påløper frem til avslutningen av tingrettens behandling.

Erstatningsansvar utover sakskostnadene for ugrunnet anke, behandles nærmere i kapittel 7. Som nevnt i punkt 1.1 var erstatningsansvar utover sakskostnadene for ugrunnet søksmålet temaet for Høyesterett i Rt. 2015 s. 385 (Roxar). Ettersom saken danner utgangspunktet for problemstillingen, vil jeg kort redegjøre nærmere for denne.¹²¹

5.2 Rt. 2015 s. 385 (Roxar)

Sakens bakgrunn var at oljeteknologiselskapet Roxar Flow Measurement AS (Roxar) hadde gått til et bredt anlagt søksmål mot sin konkurrent Multi Phase Meters AS (Multi Phase).¹²² Stevning ble tatt ut allerede i 2006, men saken ble stadig utvidet til å omfatte flere parter og krav. Hovedforhandlingen ble først avholdt i 2012 og gikk da over 39 rettsdager.

Som følge av tvisten med Roxar hevdet Multi Phase at de var påført et økonomisk tap i størrelsesorden 110 millioner kroner. Dette kravet ble fremmet som et motsøksmål til Roxar sitt hovedsøksmål. Som nevnt knyttet dette seg primært til tapte salg av «flerfasemålere», tapt goodwill i markedet og renteutgifter. Verken hovedsøksmålet fra Roxar eller motsøksmålet fra Multi Phase førte frem i tingretten. Begge parter anket imidlertid til lagmannsretten. På dag 30 av 36 planlagte rettsdager i lagmannsretten, trakk Roxar hovedsøksmålet og tingrettens dom ble med det rettskraftig for denne delen av saken. Multi Phase opprettholdt imidlertid

¹²¹ I tillegg til i de nevnte artiklene er dommen er kort nevnt i Skoghøy *Tvisteløsning* s. 1327, Backer *Norsk Sivilprosess* s. 468, All *Rettsstat og menneskerettigheter* s. 434 og Wilhelmsen/Hagland *Om erstatningsrett* s. 141.

¹²² Se nærmere om sakens prosesshistorie i Harald Irgens-Jensen og Eirik Østerud *Erstatning utover sakskostnader for uberettiget søksmål – Rt. 2015 s. 385* Nytt i privatretten 03/2015 s. 12.

motsøksmålet som for lagmannsretten førte frem. Multi Phase ble da tilkjent kr. 110 millioner i erstatning for Roxar sitt ugrunnede søksmål.

Roxar svarte med å anke avgjørelsen til Høyesterett. Denne ble fremmet til behandling i avdeling «for så vidt gjelder den generelle rettslige forståelsen av ulovfestet rett som ansvarsgrunnlag for erstatning for ugrunnet søksmål».¹²³ Etter å ha gjennomgått et omfattende – både nasjonalt og internasjonalt – rettskildemateriale, uttalte førstvoterende følgende hva gjelder erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for ugrunnede søksmål:

*«Erstatningsansvar utover sakskostnader må forbeholdes misbrukstilfellene. Det vil normalt foreligge misbruk hvis saken er helt uten utsikt til å føre frem og parten skjønner at det er slik. Et søksmål vil da være motivert av andre formål enn å få medhold i saken og normalt vil det innebære misbruk av søksmålsadgangen å gå til søksmål i et slikt tilfelle.»*¹²⁴

Dette sluttet de øvrige dommerne seg til. Ettersom dette var en annen norm enn den lagmannsretten hadde bygget på, ble dommen i lagmannsretten opphevet. Saken endte med at partene nedla felles påstand om å heve saken for lagmannsretten.¹²⁵

5.3 Aktsomhetsnorm vs. misbruksnorm

Når man skal ta stilling til hvilken ansvarsnorm som skal gjelde for erstatningsansvar utover sakskostnadene, er det viktige at premissene for dette valget er tydelige. Hensynet til effektiv domstolstilgang gjør at det er uaktuelt å basere et eventuelt erstatningsansvar på en aktsomhetsvurdering med simpel uaktsomhet som skyldkrav. Normen må sikre at holdbare krav ikke blir skadelidne.¹²⁶ Muligheten til å kreve erstatning for tap utover sakskostnadene må derfor være snever. Samtidig er ikke hensynet til å sikre effektiv domstolstilgang det *eneste* relevante hensynet når ansvarsnormen skal etableres. Normen må også sørge for at saksøker har et rimelig erstatningsvern for sine formuesgoder. Dette danner rammen og setter premissene for vurderingen av hvilken ansvarsnorm som skal gjelde. Ansvarsnormen må finne en rimelig balanse mellom disse motstridene hensynene.

¹²³ Se HR-2014-2318-U.

¹²⁴ Avsnitt 34 i dommen.

¹²⁵ Se LG-2015-69225.

¹²⁶ Se avsnitt 30 i dommen. Se også Strandberg *Erstatning for uberettiget søksmål* s. 227.

Alternativet til å basere erstatningsansvar for tap utover sakskostnadene på en regel om misbruk, er å basere det på en aktsomhetsregel med høy ansvarsterskel (skyldregel). Den normen lagmannsretten baserte ansvaret på må oppfattes slik. Lagmannsretten la til grunn til erstatning kunne idømmes dersom Roxars standpunkt i søksmålet kunne anses som «klart urimelig sett i forhold til mulighetene for å vinne saken, og at Roxar visste eller burde ha visst dette.» For å ta hensyn til retten til domstolstilgang presiserte lagmannsretten at det måtte være en «høy terskel» for hva som kunne anses som «klart urimelig».¹²⁷

Normen lagmannsretten baserte ansvaret på er streng i den forstand at det skal mye til for å pådra seg ansvar. Likevel avviker den ikke metodisk fra alminnelige erstatningsrettslige regler. Det er culpaansvar med høy ansvarsterskel, altså en «mild culpanorm».¹²⁸ Høyesterett tok imidlertid tydelig avstand fra å basere ansvaret på en slik aktsomhetsvurdering, og uttalte som nevnt at erstatningsansvar utover sakskostnadene må «forbeholdes misbrukstilfellene».¹²⁹ Som nevnt i punkt 4.1 er dette en spesialregel tilpasset typetilfellets egenart. Slik jeg ser det, er den primære forskjellen at etter lagmannsrettens norm vil parten kunne pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader dersom vedkommende var *grovt uaktsom* med hensyn til søksmålets holdbarhet. Misbruk av domstolssystemet forutsetter at parten «skjønner» at søksmålet ikke vil føre frem, og inviterer dermed i utgangspunktet ikke til noen slik aktsomhetsvurdering. Dette er ulike bevistema som gjør at innfallsvinkelen ved ansvarsspørsmålet blir noe ulik. Forskjellene har dermed en praktisk realitet og har betydning for rettens behandling av erstatningskravet. Men viktigere er det kanskje at valg av ansvarsnorm også får betydning for *terskelen* med hensyn til hva som skal til for å pådra seg erstatningsansvar for tap utover sakskostnadene. Det skal mindre til å pådra seg erstatningsansvar dersom normen er tuftet på en aktsomhetsvurdering enn dersom ansvar forutsetter misbruk. Anvendelsen av den ene eller andre normen vil dermed kunne lede til ulike konklusjoner på ansvarsspørsmålet. Hvilken norm ansvaret bygger på har derfor ikke bare teoretisk interesse, men kan få svært følbare konsekvenser.

¹²⁷ LG-2012-162195

¹²⁸ Se nærmere om debatten knyttet til «mild culpanorm» for det offentlige i Hagstrøm/Stenvik *Erstatningsrett* s. 234 flg.

¹²⁹ Avsnitt 35 i dommen.

Gjennom en grundig, tydelig og enstemmig dom i Høyesterett er gjeldende rett klar: For at saksøker skal pådra seg erstatningsansvar for tap utover motpartens sakskostnader, må søksmålet være misbruk av domstolssystemet. Misbruk foreligger normalt dersom parten skjønte at søksmålet var helt uten utsikt til å føre frem. Til tross for at det ikke er tvil om innholdet av gjeldende rett, kan det *de lege ferenda* reises spørsmål om den svært snevre ansvarsnormen går *for langt* i å beskytte saksøker og domstolstilgangen på bekostning av saksøkte rett på erstatningsvern for sine formuesgoder. Kanskje erstatningsansvar utover sakskostnadene heller burde vært basert på en aktsomhetsnorm med høy ansvarsterskel slik lagmannsretten la til grunn? Denne problemstillingen vil behandles nærmere i det følgende.

Forutsetningen for å basere erstatningsansvaret på en slik skyldregel, er at det ikke kommer i konflikt med retten til domstolstilgang etter EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95. Dersom den gjør det, ville nasjonale domstoler være avskåret fra å basere erstatningsansvaret på en slik norm.¹³⁰ Hvorvidt det ville være i strid med retten til domstolstilgang å basere ansvaret på en skyldregel, må avgjøres ut fra den testen EMD har formulert i sin praksis. For sammenhengens skyld gjengir jeg denne her slik den ble formulert i saken *Sabeh El Leil mot Frankrike*.¹³¹

*«It [the court] must be satisfied that the limitations applied to not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and aim sought to be achieved.»*¹³²

Etter min oppfatning er det ikke tvilsomt at erstatningsansvar utover sakskostnadene basert på en mild aktsomhetsnorm ikke rammer kjernen (the very essence) av domstolstilgangen. Et slikt ansvar rokker ikke ved den praktiske muligheten til å anlegge søksmålet. Formålet – å

¹³⁰ Dette kan utledes av kravet i EMK artikkel 1 om statens ansvar for å «sikre» menneskerettighetene. Se også den tilsvarende bestemmelsen i Grunnloven § 92. Se videre Bårdsen *Norges Høyesterett, Grunnloven og menneskerettighetene* i Føllesdal, Ruud og Ulfstein (red.) *Menneskerettighetene og Norge. Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati* s. 68.

¹³¹ *Sabeh El Leil v. France*, Application no. 34869/05. Judgement 29 June 2011.

¹³² Avsnitt 47 i dommen.

begrense ugrunnede søksmål – er også klart nok legitimt.¹³³ Når det gjelder forholdsmessigheten av å idømme erstatningsansvar utover sakskostnadene basert på en slik norm, må det legges vesentlig vekt på det svake vernet ugrunnede søksmål i utgangspunktet nyter etter konvensjonen. Forutsetningen for at retten til domstolstilgang i det hele tatt aktualiseres er at kravet som gjøres gjeldene bygger på «arguable grounds».¹³⁴ EMD har som nevnt akseptert *avvisning* av ugrunnede søksmål for nasjonale domstoler som konvensjonsmessig.¹³⁵ Som påpekt av Ravlo har søksmålets holdbarhet stor betydning for hvorvidt en aktuell begrensning av domstolen er akseptabel. Dess svakere et søksmål er, dess mer skal det til før en begrensning blir uforholdsmessig.¹³⁶ Av dette kan man trekke den slutningen at ansvarsnormen neppe *må* være så streng som den Høyesterett oppstilte i Roxar-saken. Slik forstår jeg også Høyesterett sin argumentasjon i saken. Det er ingenting som indikerer at Høyesterett mente at normen lagmannsretten formulerte var i strid med EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95. Det er snarere et valg av hvilken ansvarsnorm som best balanserer de motstridende hensynene. Å kreve at søksmålet er misbruk av domstolssystemet går derfor etter min oppfatning *lenger* enn hva som er nødvendig for å tilfredsstille kravet om effektiv domstolstilgang etter EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95.¹³⁷

Selv om ansvaret *kunne* vært basert på en aktsomhetsvurdering, er det imidlertid ikke gitt at det *burde* det. I Roxar-saken fremhever Høyesterett hvordan *reelle hensyn* taler for å basere ansvaret på en misbruksregel fremfor en bred aktsomhetsvurdering. At det kreves misbruk av domstolssystemet for å pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader, vil ifølge Høyesterett bidra til å hindre «taktiske motsøksmål» for å understreke hvor dårlig sak man mener at motparten har. Det vil også hindre nye erstatningssøksmål etter at den opprinnelige saken er avgjort.¹³⁸ Tesen er slik sett at krav om misbruk fremfor grov uaktsomhet vil bidra til *færre ugrunnede søksmål om med krav om erstatning for ugrunnet søksmål*, enten ved objektiv kumulasjon etter tvl. § 15-1 eller i en ny sak. Det er vanskelig å si noe sikkert om hvorvidt dette er riktig. Men dersom ansvaret baserer seg på en aktsomhetsvurdering har parten et større argumentasjonsrom enn dersom ansvar forutsetter

¹³³ Se Ravlo *Access to court* s. 268.

¹³⁴ Se nærmere om dette Ravlo *Access to court* s. 117.

¹³⁵ Se for eksempel saken K.T mot Norge.

¹³⁶ Se Ravlo *Access to court* s. 175.

¹³⁷ Slik også Strandberg *Erstatning for uberettiget søksmål* s. 227.

¹³⁸ Se avsnitt 33 i dommen.

misbruk. Dette argumentasjonsrommet kan i seg selv være prosesskapende. Samtidig kan det fremheves at det i juridisk teori forut for Roxar-saken, ble lagt til grunn at erstatning for tap utover sakskostnadene kunne idømmes «etter de alminnelige ulovfestede reglene om skyldansvar», selv om det skulle «svært mye til».¹³⁹ Til tross for dette har ikke domstolene blitt nedlesset med krav om erstatning for tap utover sakskostnadene for ugrunnet søksmål. Her er det også verdt å minne om at rettergangslovgivningen legger opp til at ugrunnede søksmål primært skal forhindres gjennom illeggelse av ansvar for motpartens sakskostnader, i tillegg til rettergangsbøter og erstatningsansvar overfor det offentlige. Parten som taper et søksmål om krav om erstatning utover sakskostnadene, vil dermed ikke bare bli ansvarlig for motpartens sakskostnader knyttet til dette, men kan også bli ilagt rettergangsbøte og erstatningsansvar overfor det offentlige. Dette maner til forsiktighet med å fremme slike «taktiske motsøksmål» eller nye erstatningssøksmål etter at den opprinnelige saken er avgjort. Slik sett kan det hevdes at det ikke er en oppgave for den *materielle erstatningsregelen* å hindre misbruk, men at dette allerede motvirkes gjennom annen regulering.

Strandberg fremhever de rettstekniske fordelene ved å basere ansvaret på et krav om misbruk av domstolssystemet fremfor en aktsomhetsvurdering. Han peker på hvordan anvendelsen av kriteriene i Roxar-saken er klarere og enklere å anvende enn en skyldregel og at misbruksnormen gir et spissere vurderingstema.¹⁴⁰ Mot dette kan det innvendes at *misbruk av domstolssystemet* er et vagt og noe vanskelig tilgjengelig vurderingstema. For de fleste som skal anvende normen er misbruk et fremmed kriterium for å pådra seg erstatningsansvar. Dette er til forskjell fra aktsomhetsvurderinger som både dommere og advokater er mer fortrolige med. Presisering av hva som *normalt* innebærer misbruk bidrar riktignok til å konkretisere vurderingstemaet og gjør det mer håndterlig i praksis. Men anvendelsen av de momentene som skisseres er imidlertid ikke uten videre enkle å anvende.¹⁴¹ Etter min oppfatning kunne man derfor vel så gjerne ha hevdet at rettstekniske hensyn tilsier å basere ansvaret på en skyldregel fremfor en misbruksregel. Men under enhver omstendighet er neppe de rettstekniske fordelene ved den ene eller andre normen avgjørende i seg selv.

¹³⁹ Se Bøhn *Domstolloven kommentarutgave* s. 843.

¹⁴⁰ Se Strandberg *Erstatning for uberettiget søksmål* s. 228.

¹⁴¹ Se nærmere om disse i punkt 5.6

Det er imidlertid verdt å merke seg at andre land gjennomgående ikke baserer erstatningsansvar utover sakskostnadene på en bred aktsomhetsvurdering slik lagmannsretten la opp til i Roxar-saken. Dette påpekte også Høyesterett.¹⁴² Engelsk prosessrett har vesentlige likhetstrekk med norsk og var i flere sammenhenger et forbilde ved utarbeidelsen av tvisteloven.¹⁴³ Engelsk rett er dermed et relevant sammenligningsgrunnlag.

I korte trekk bygger engelsk erstatningsrett på et system med en rekke ulike *torts*. Dette er i praksis ulike erstatningsrettslige typetilfeller, hvor vilkårene for å kunne kreve erstatning varierer. I prinsippet gjelder ulike regler for erstatning for hver enkelt – totalt rundt 70 – tort.¹⁴⁴ En av disse er «malicious prosecution».¹⁴⁵ Denne regelen springer ut av den tidligere ordningen hvor straffeforfølgelse skjedde ved at private parter – typisk offeret eller offerets nærstående – anmeldte og iretteførte saken selv. Uten en offentlig påtalemyndighet til å etterforske og kvalitetssikre holdbarheten av anmeldelser hendte det imidlertid at folk anmeldte og forfulgte straffesaker i ren skadehensikt. Ved dommen *Savile v. Roberts* fra 1689 etablerte derfor engelsk Høyesterett en egen tort for «malicious prosecution».¹⁴⁶ Denne gikk ut på at dersom den siktede ble frifunnet i straffesaken, kunne vedkommende kreve erstatning fra den som hadde anmeldt og forfulgt saken for domstolene. I tillegg til å ha blitt frifunnet krevdes det også at den som hadde anmeldt saken ikke hadde rimelig grunn til å forfølge den (no reasonable and probable cause for the prosecution). Videre var det også krav om at anmelderen handlet med skadehensikt (actuated by malice).¹⁴⁷ Ettersom straffeforfølgning i dag har blitt en offentlig oppgave, har regelen om erstatning for «malicious prosecution» i sin opprinnelige form nå utspilt mye av sin rolle. I engelsk rett har det imidlertid versert en debatt knyttet til hvorvidt denne torten også omfatter erstatningsansvar utover sakskostnadene for *ugrunnede sivile søksmål*.¹⁴⁸ Den tvilen som hadde eksistert rundt dette ble imidlertid avfeid i

¹⁴² Se avsnitt 32 i dommen.

¹⁴³ Se NOU 2001:21 bind A s. 85.

¹⁴⁴ Se Jan-Ove Færstad *Erstatningsansvar for villedende informasjon*, Oslo 2014, s. 90 med videre henvisninger.

¹⁴⁵ Se nærmere om dette i Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, Oxford 2008, s. 475 flg.

¹⁴⁶ Jeg har ikke lyktes med å finne dommen på nettet. Den er imidlertid omtalt blant annet i Deakin et al. *Markesinis and Deakin's Tort Law* s. 475.

¹⁴⁷ Se Deakin et al. *Markesinis and Deakin's Tort Law* s. 475.

¹⁴⁸ For en lengere redegjørelse av torten «malicious prosecution», se Lord Wilson sitt votum i saken *Crawford Adjusters and others V. Sagicor General Insurance* avsnitt 40 flg.

saken *Crawford Adjusters v. Sagicor General Insurance* som ble avsagt av The Privy Council i 2013.¹⁴⁹ Lord Wilson uttalte her med tilslutning fra flertallet at:

*«For my part, I am convinced that the common law originally recognised that the tort of malicious prosecution extended as much to that of civil as to that of criminal proceedings.»*¹⁵⁰

Tilsvarende regulering gjelder for øvrig også i USA. I saken *Sheldon Appel Co. v. Albert Olier* ble rettstilstanden oppsummert på følgende måte:

*«In order to establish a cause of action for malicious prosecution for either criminal or civil proceeding, a plaintiff must demonstrate that prior action (1) was commenced by or at the direction of the defendant and was pursued to a legal termination in his, plaintiff's favor; (2) was brought without probable cause; and (3) was initiated with malice.»*¹⁵¹

Vilkåret om at det eventuelt erstatningsbetingende søksmålet må være «brought without probable cause», kjenner vi igjen. Det er en henvisning til søksmålets materielle holdbarhet. Hvorvidt terskelen for hvor svakt søksmålet må være er høyere eller lavere enn i norsk rett går jeg ikke nærmere inn på her. At saksøker har vært (grovt) uaktsom med hensyn til søksmålets holdbarhet, er imidlertid ikke tilstrekkelig til å pådra seg erstatningsansvar utover sakskostnadene: Søksmålet må være fremmet med *skadehensikt* (initiated with malice). Formålet med saksanlegget er da et annet enn å få medhold i kravet som gjøres gjeldende og det er da naturlig å oppfatte dette som en misbruksnorm.¹⁵²

Som Høyesterett påpeker i dommen, må man være forsiktig med å trekke slutninger fra rettstilstanden i andre land uten å ha det fulle bildet. Og uansett er ikke rettstilstanden i andre land avgjørende for hvordan spørsmålet skal reguleres i norsk rett. Riktignok foregår søksmål på tvers av landegrensene slik at det er et visst behov for en noenlunde enhetlig internasjonal

¹⁴⁹ Dommen er tilgjengelig på <https://www.jcpc.uk/cases/docs/jcpc-2012-0054-judgment.pdf> (Besøkt 08.05.2017). Den er kommentert og oppsummert på <http://hsfnotes.com/litigation/2013/07/12/privy-council-finds-tort-of-malicious-prosecution-available-for-civil-claims/> (Besøkt 07.12.2016).

¹⁵⁰ Se avsnitt 78.

¹⁵¹ Dommen er tilgjengelig på <http://scocal.stanford.edu/opinion/sheldon-appel-co-v-albert-olier-28544> (Besøkt 07.12.2016)

¹⁵² Se nærmere om rettsmisbruk i 5.4

regulering. Men heller ikke dette kan i seg selv begrunne valg av den ene ansvarsnormen fremfor den andre. Så lenge normen er innenfor kravene etter EMK artikkel 6 står statene fritt til å velge ulike alternativer.

Dersom man *de lege ferenda* skal ta stilling til hvilken ansvarsnorm som burde gjelde for ugrunnede søksmål, koker spørsmålet etter min oppfatning ned til en balansetest mellom de motstridende hensynene som gjør seg gjeldende. Det handler om hvordan man på best mulig måte kan balansere saksøkers rett på domstolstilgang mot saksøktes rett på vern om sine formuesgoder. Etter min oppfatning er det i denne sammenhengen nødvendig å løfte frem skadelidteperspektivet. Dette er ikke tematisert i Roxar-saken, noe jeg oppfatter som en svakhet ved dommen.

Ved å basere ansvaret på misbruk fremfor en aktsomhetsvurdering, kommer skadelidte – saksøkte – i en svært utsatt posisjon. Det er lite vedkommende kan gjøre for å beskytte seg mot et ugrunnet søksmål. Og ved at terskelen for å pådra seg erstatningsansvar for tap utover sakskostnadene er såpass høy, vil det sjelden være noe å hente ved å anlegge et motsøksmål eller et nytt søksmål med krav om erstatning for tap utover sakskostnadene etter at den opprinnelige saken er avgjort. Saksøkte vil dermed kunne bli fristet til å forlike saken fremfor å risikere ytterlige tap ved at prosessen fortsetter. Da er det saksøker med det ugrunnede søksmålet som i realiteten når frem.

Videre må det legges vekt på at ansvar basert på en aktsomhetsvurdering som nevnt ville ha forutsatt grov uaktsomhet. Grov uaktsomhet fordrer «kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet.»¹⁵³ Ellers når man foretar ulike disposisjoner med stort tapspotensial for andre, stilles det visse krav om aktsomhet i form av rimelige undersøkelser etc. Dette gjelder også i situasjoner hvor det «bare» oppstår risiko for rent formuestap. Også her må man «se seg for». Å anlegge et søksmål er tids- og ressursmessig krevende. Saksøker har dermed tid og oppfordring til å overveie søksmålets holdbarhet nøye. Dette gjelder særlig der det er synlig for saksøker at saksøkte som følge av prosessen påføres tap utover sakskostnadene.

¹⁵³ Se Rt. 1970 s. 1235. Dommen gjelder en straffesak, men tilsvarende norm gjelder også i erstatningsretten, se Hagstrøm/Stenvik *Erstatningsrett* s. 137.

I sum er det en styrke ved ansvarsnormen at den er såpass streng at holdbare krav neppe vil bli skadelidne som følge av regelen. Likevel er jeg av den oppfatning at domstolstilgangen også ville ha blitt tilstrekkelig ivaretatt om ansvaret bygde på en aktsomhetsnorm med høy ansvarsterskel. Etter min oppfatning ville dette ha medført en bedre balansering av retten på domstolstilgang på den ene siden mot hensynet til saksøktes erstatningsvern på den andre. Når en av partene i prosessen opptrer på en kvalifisert klanderverdig måte som foranlediger sterke bebreidelser, går man slik jeg ser for langt i å beskytte domstolstilgangen på bekostning av skadelidte når vedkommende likevel ikke holdes ansvarlig for tap utover motpartens sakskostnader. Jeg heller derfor i retning av at det ville vært en bedre løsning å basere ansvaret på en aktsomhetsvurdering hvor terskelen for å pådra seg ansvar er svært høy. En mulig formulering kunne ha vært at saksøker er ansvarlig for tap utover motpartens sakskostnader dersom parten måtte forstå at søksmålet var helt uten utsikt til å føre frem. Samtidig ligger det ikke i dette at jeg mener normen Høyesterett oppstilte er «feil» eller «uriktig». Både misbruksnormen og aktsomhetsnormen balanserer etter min oppfatning de motstridende hensynene på en fullt ut forsvarlig måte.

Selv om det kan argumenteres for at ansvaret heller burde basert seg på en aktsomhetsvurdering med høy ansvarsterskel, er innholdet av gjeldende rett som nevnt klart. Det kreves at søksmålet kan karakteriseres som misbruk av søksmålsadgangen. Når det er tilfelle, er det på sin plass å gi en nærmere redegjørelse av den rettslige konstruksjonen «rettsmisbruk» og hvilke slutninger man kan trekke av denne med hensyn til erstatning utover sakskostnadene ved misbruk av domstolssystemet.

5.4 Nærmere om rettsmisbruk

Regler om rettsmisbruk har en lang historie i norsk rett. Historien er imidlertid preget av usikkerhet knyttet til eksistensen og innholdet av rettsmisbruk som rettslig figur. Her vil jeg se nærmere på hvordan regler om rettsmisbruk har blitt fremstilt i juridisk teori.¹⁵⁶

Ragnar Knoph drøfter dette i boken *Hensiktens betydning for grensen mellom rett og urett* fra 1921. Knoph påpeker her hvordan man tidligere anså den subjektive rett som ubegrenset. Dette ble særlig drøftet i relasjon til eiendomsretten som tidligere hadde karakter av å være

¹⁵⁶ For dansk rett, se Jens Evald *Retsmisbrug i formueretten*, København 2001.

absolutt: Eiendomsretten sin kunne man utøve akkurat slik man selv måtte ønske.¹⁵⁷ Rettsordenen skulle ikke legge seg bort i hvilke motiver rettighetsutøveren hadde med bruken.¹⁵⁸ Synspunktet var da at den som utøver en rett som tilfaller vedkommende ikke krenker noen, uavhengig av om bruken av retten er sjenerende eller skjer i ren skadehensikt.¹⁵⁹ Knoph peker imidlertid på at dette synspunktet endret seg på 1800-tallet. Retten skulle ikke lenger bare beskytte individets rettigheter, den skulle også tjene samfunnets interesser.¹⁶⁰ Det var visse grenser for hvordan man kunne gå frem ved utøvelse av rettighetsposisjoner. I fransk og tysk rett var dette kommet til uttrykk i lovbøkene, og Knoph oppsummerer reglene der på denne måten:

*«Selv om rådigheten ikke går utenfor hvad der normalt er innrømmet en rettighetshaver, er rettighetens grenser allikevel overskredet, hvis ikke rådigheten skjer til fremme av den interesse for hvis skyld rettsordenen har tilstått rettigheten.»*¹⁶¹

Interessant nok viser Knoph i boken hvordan denne rettssetningen i fransk rett var anvendt for å idømme en part erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader. Knoph skriver:

«Allerede en dom av 12/7 1823, avsagt av Tribunal civil de Toulouse, dømte en mann til erstatning, som idet han hadde valget mellem å søke sin motpart ved flere verneting, i skadehensikt, valgte det som var det vanskeligste for motparten. Videre er det ved en rekke dommer avgjort, at den som anlegger process i bevisst ond tro, ikke bare – hvad det ellers er tilfelle i fransk rett – skal betale motpartens processomkostninger, men full erstatning. I den første dom uttales det, at hvis den som anlegger sak enten er «malicieux» eller handler grovt uaktsomt, skal han betale erstatning. En fast rettsbruk antar det samme ved ugrunnet appel og ved eksekusjon. Disse tilfeller opfattes altså som misbruk av retten til å anlegge process, en

¹⁵⁷ Se Fredrik Stang *Erstatningsrett*, Oslo 1927, s. 115. Se videre Filip Truyen *Aksjonærens Myndighetsmisbruk – En studie av asal./asal. § 5-21 og uskrevne misbruksprinsipper*, Oslo, 2005, s. 64.

¹⁵⁸ Se Paal Berg *Misbruk av rett og norsk rettspraksis i Festskrift til Birger Ekeberg*, Stockholm 1950, s. 84.

¹⁵⁹ Se Ragnar Knoph *Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett*, Kristiania 1921, s. 170. Se også Nils Nygaard *Rettsgrunnlag og standpunk 2 utgåve*, Oslo 2012, s. 282.

¹⁶⁰ Se Knoph *Hensiktens betydning* s. 173.

¹⁶¹ Se Knoph *Hensiktens betydning* s. 202.

«rett» som da tenkes oprinnelig å være ubetinget, uavhengig av materiell rett hos saksøkeren, eller tro på denne.»¹⁶²

Inspirert av utenlandsk rett spurte Knoph om, og eventuelt hvordan, denne utviklingen hadde kommet til uttrykk i norsk rett. Etter hans syn gikk reglene i Frankrike og Tyskland for langt i å begrense den subjektive rett. Han tok derfor avstand fra å formulere en tilsvarende regel for norsk rett.¹⁶³ Knoph tok imidlertid til orde for at det i norsk rett gjaldt en «sjikaneregulering».

«Ikke bare den handling som utelukkende er drevet av skadehensikt, er rettstridig, men også den som er blottet for rettslig anerkjente motiver er rettsfiendtlige. Jeg antar at setningen også i denne form er akseptert av vår rettsbevissthet og av rettspraksis.»¹⁶⁴

For Knoph ble dermed rettsmisbruk et spørsmål om rettighetshaveren har utøvet rettigheten sin på en måte som er motivert av et ønske om å påføre andre skade eller på en måte som *mer generelt* mangler rettsordenenes vern. En slik – noe snever – forståelse av rettsmisbruk innebærer at et ugrunnet søksmål fremmet for å påføre en konkurrent et tap, ikke nødvendigvis vil kunne karakteriseres som misbruk av domstolstilgangen. Som jeg nevnte under punkt 4.1 er det i konkurransesammenheng legitimt å påføre sine konkurrenter tap. Søksmålet forfølger slik sett rettslig anerkjente motiver. Og selv om hensikten for så vidt er å skade motparten, vil det overordnede målet være å oppnå en økonomisk fordel for seg selv. Derfor er det ikke nødvendigvis treffende å si at slike søksmål «utelukkende» er drevet av skadehensikt. Om man legger Knoph sin forståelse av rettsmisbruk til grunn ved ugrunnede søksmål, må forutsetningen være at saksøker ikke selv kan oppnå noen økonomisk fordel gjennom søksmålet. Først da vil det være naturlig å si at søksmålet er drevet «utelukkende» av skadehensikt og er blottet for «rettslig anerkjente motiver».

Senere er imidlertid Knoph sitt syn på innholdet av regler om rettsmisbruk noe endret. I *Oversikt over Norges Rett* understreker Knoph hvordan «sjikaneregelen» er gjeldende rett, men at det muligens også kan oppstilles en mer generell misbruksregel. Knoph viser til at det

¹⁶² Knoph *Hensiktens betydning* s. 178-179.

¹⁶³ Se Knoph *Hensiktens betydning* s. 207.

¹⁶⁴ Se Knoph *Hensiktens betydning* s. 220. Se videre om sjikaneregelen Olav Lid *Misbruk av rett, særlig i privatretten* i Jussens Venner Serie V nr. 5 s. 68.

kanskje «også bør settes en stopper for eierens rådighet, når den utøves til fremme av formål som loven ikke har tenkt, eller vil resultere i tap av samfunnsmessige verdier». Konklusjonen holder han åpen, men viser til retten på dette punktet er «i bevegelse».¹⁶⁵

At det i norsk rett gjelder en slik sjikaneregel som Knoph i sin tid skisserte, har senere fått tilslutning i teorien.¹⁶⁶ Problemstillingen har imidlertid vært om det også utover sjikanetilfellene kan være aktuelt å konstatere rettsmisbruk. Lid antyder i denne sammenhengen at dersom rettigheten utøvdes for å realisere (helt) andre formål enn de som er tilsiktet ved rettigheten, kan det være aktuelt å karakterisere rettighetsutøvelsen som rettsmisbruk. Han viser til at det «kan vera rettstridig å bruke den maktposisjonen lova gev, til å fremja eit føremål som lova ikkje kjenner».¹⁶⁷ Men også Lid viser til at spørsmål knyttet til rettsmisbruk «fremdeles ligger i halvmørke».¹⁶⁸ I nyere teori har Nygaard lagt til grunn at det i norsk rett gjelder en «sjikaneregel», men antyder at det også utenfor tilfeller av sjikane kan være aktuelt å konstatere rettsmisbruk. Han går imidlertid ikke nærmere inn på denne randsonen.¹⁶⁹ I boken *Aksjonærens Myndighetsbruk* samler Filip Truyen trådene. Han viser til at det i norsk rett nå er grunnlag for å hevde at det gjelder en generell regel om rettsmisbruk. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at en rettighetsutøvelse faller noe utenfor rettighetens egentlige formål. For å konstatere rettsmisbruk, må avviket være åpenbart. Han skriver:

*«Misbruksprinsippene åpner for en objektiv vurdering opp mot lovens formål. At tiltaket i det vesentlige faller utenfor lovens formål eller at et annet formål fremmes, er likevel ikke nok til å konstatere rettsmisbruk i privatretten. Det samme gjelder uønskede konsekvenser. Avviket må være kvalifisert. Rettsbruken må kunne betegnes som «utilbørlig», «åpenbart urimelig», «klart urimelig», «urimelig» eller lignende.»*¹⁷⁰

Konsekvensen av å karakterisere noe som rettsmisbruk er at utøvelsen er rettstridig. Den som misbruker rettigheten begår da et rettsbrudd overfor skadelidte og vil kunne pådra seg

¹⁶⁵ Se Carl Jacob Arnholm, *Almindelig privatrett (1)*, Oslo 1964, s. 125.

¹⁶⁶ Se Knut Selmer i *Knophs oversikt over norsk rett 12. utgave*, Oslo 2004, s. 33. Se også Nygaard *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 282.

¹⁶⁷ Se Lid *Misbruk av rett, særlig i privatretten* Jussens Venner Serie V nr. 5 s. 72.

¹⁶⁸ Lid *Misbruk av rett, særlig i privatretten* s. 77.

¹⁶⁹ Se Nygaard *Rettsgrunnlag og Standpunkt* s. 282-283.

¹⁷⁰ Se Truyen *Aksjonærens Myndighetsmisbruk* s. 65.

erstatningsansvar. Ved en slik formulering av rettsmisbruk springer følgende problemstilling i øynene: hvilket formål er det man har ment at skulle kunne realisere gjennom den rettigheten som nå hevdes å være misbrukt? Mer konkret: hvilke rettigheter er det retten til domstolstilgang er ment å gi? Først etter å ha besvart dette spørsmålet, kan man ta stilling til hva som er legitim bruk av domstolstilgangen og hva som er misbruk av den.

5.5 Misbruk av retten til domstolstilgang

I dette avsnittet vil jeg forsøke å presisere nærmere hva som ligger i retten til domstolstilgang og hvilke konkrete rettigheter som kan utledes av denne doktrinen. Formålet med analysen er å utlede en standard som kan prøves opp mot læren om rettsmisbruk.

Jeg tar utgangspunktet i selve *begrepet* domstolstilgang (access to court). Dette leder i første rekke tanken mot en adgang til å anlegge søksmål for en domstol. Begrepet *domstolstilgang* er imidlertid neppe noe særlig mer enn et utgangspunkt. Begrepet er ubestemt og lite egnet til å trekke slutninger fra når det gjelder hvordan rettigheten er ment å skulle utøves. Ser man til praksis fra EMD for å fastlegge det nærmere innholdet av retten, kommer man imidlertid ikke så mye lenger. Domstolen har unnlatt å konkretisere og presisere nærmere hva retten til domstolstilgang innebærer og har gjennomgående nøydt seg med å presisere rettighetens kjerneområde.¹⁷¹ I saken *Stankov mot Bulgaria* uttalte EMD:

«Article 6 § 1 secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal. In this way, that provision embodies the “right to a court”, of which the right of access that is the right to institute proceedings before a court in civil matters is one aspect.»¹⁷²

Uttalelsen indikerer altså at doktrinenes *kjerneområde* er retten til å anlegge søksmål (institute proceedings) for et organ som oppfyller kravene EMD har stilt for å anse noe som en «court or tribunal». Samtidig er dette tilsynelatende bare en av flere (likestilte) rettigheter som kan utledes av den overordnede retten til domstolstilgang.

¹⁷¹ Se Ravlo *Access to court* s. 175.

¹⁷² Avsnitt 50 i dommen.

Den franske versjonen av EMK artikkel 6 fører oss imidlertid noe lenger når retten til domstolstilgang skal konkretiseres. Det følger av denne at enhver har rett til å få «sin sak hørt» (*à ce que sa cause soit entendue*). EMD la betydelig vekt på denne formuleringen da domstolen i *Golder mot Storbritannia* la til grunn at bestemmelsen gir rett på tilgang til domstolene.¹⁷³ Den franske formuleringen gir i større grad uttrykk for at domstolstilgangen er ment å sikre adgangen til å *argumentere for sitt syn på et rettslig spørsmål*, forutsetningsvis for et organ med kompetanse til å avgjøre spørsmålet med bindende virkning.

Slik er det også naturlig å oppfatte ordlyden i Grunnloven § 95. Som nevnt under punkt 4.2 var grunnlovfestingen av menneskerettighetskatalogen langt på vei en kodifisering av det som allerede var gjeldende rett etter praksis fra EMD. Og i forarbeidene til menneskerettighetskatalogen i Grunnloven er det lagt til grunn at formuleringen i § 95 blant annet er ment å fange opp doktrinen om rett til domstolstilgang som ikke kommer direkte til uttrykk i EMK artikkel 6.¹⁷⁴ Ser man nærmere på Grunnloven § 95 er domstolstilgang her uttrykt som en rett til «å få sin sak avgjort». Denne formuleringen favner bredere enn en rett til å anlegge søksmål og ligger tettere opp til den franske enn engelske versjonen av EMK.¹⁷⁵ Det sentrale er tilsynelatende at det eksisterer en mulighet til å forsøke å håndheve sine materielle rettigheter. Domstolstilgang er et middel for å realisere dette. Jeg oppfatter Ravlo i samme retning. Hun skriver:

*«The very essence of the right to a court is to give attentive people the possibility of being heard and to receive a determination in well-founded cases.»*¹⁷⁶

En slik forståelse springer også ut av selve formålet med domstolstilgang. For sivile saker stiller staten domstolene til disposisjon for å løse rettslig uenighet mellom private parter eller mellom private parter og offentlig myndighet. Poenget med dette er å sikre at den materielle lovgivningen får gjennomslag i praksis, om nødvendig ved bruk av statens tvangsapparat.¹⁷⁷

¹⁷³ Se avsnitt 32 i dommen.

¹⁷⁴ Se Dok. 16 s. 124.

¹⁷⁵ Se Robberstad *Sivilprosess* s. 55 som også knytter domstolstilgangen til «muligheten for å få sitt krav avgjort (determined)»

¹⁷⁶ Ravlo *Access to court* s. 176.

¹⁷⁷ «Access to court» henger derfor nært sammen «access to justice», se Ravlo *Access to court* s. 84. Se videre om dette i Backer *Norsk sivilprosess* s. 99.

Det er imidlertid ikke domstolstilgang *per se* som er det sentrale. Det avgjørende er at staten har mekanismer som gjør at man kan få avgjort rettslige spørsmål. Slik jeg ser det, er det derfor grunnlag for å anta at domstolstilgangen er ment å skulle beskytte retten til å håndheve – eller å forsøke å håndheve – sine materielle rettigheter.

Det er mot dette bakteppe man må spørre om et søksmål kan anses som legitim bruk av retten til domstolstilgang eller om søksmålet kan karakteriseres som et erstatningsbetingende «misbrukstilfelle». Dette synliggjør at det vil foreligge misbruk av retten til domstolstilgang dersom en part benytter domstolstilgangen av andre grunner enn som et forsøk på å håndheve sine materielle rettigheter. En slik forståelse harmonerer også godt med Høyesterett sin presisering av hva som ligger i *kjerneområdet* av misbruk av domstolstilgangen. Dersom en part anlegger et søksmål vedkommende vet ikke vil føre frem benyttes ikke domstolstilgangen som et middel til å håndheve materielle rettigheter. Dette er også understreket av Høyesterett i Roxar-saken, som påpeker at søksmålet i slike tilfeller er motiver av andre formål enn å få medhold i kravet. Slik opptreden for domstolen er treffende å karakterisere som misbruk av retten til domstolstilgang.

5.6 Operasjonalisering av ansvarsnormen for ugrunnet søksmål

Jeg går nå over til å se nærmere på innholdet av ansvarsnormen som gjelder ved erstatning for tap utover sakskostnadene i sivile saker. Slik denne er formulert av Høyesterett, er det naturlig å isolere spørsmålet om søksmålets holdbarhet (helt uten utsikt til å føre frem) og partens kunnskap om dette (skjønner at det er slik). Den nærmere forståelsen av dette behandles i henholdsvis punkt 5.6.2 og punkt 5.6.3. I punkt 5.6.4 ser jeg nærmere på hvem som må ha hatt kunnskap om søksmålets manglende holdbarhet. I punkt 5.7 behandler jeg spørsmål om hvordan ansvarsnormen oppstilt i Roxar-saken står i relasjon til den normen EU-domstolen har oppstilt for at et søksmål skal kunne anses som misbruk av dominerende markedsposisjon. Før jeg går nærmere inne på dette, vil jeg imidlertid si litt om spørsmål knyttet beviskravet ved anvendelse av normen.

5.6.1 Beviskravet for at det foreligger misbruk av domstolstilgangen

En rettslig avgjørelse knytter alltid sammen juss og faktum. Beviskravet gjelder sakens faktiske sider og sier noe om hvor sannsynlig en faktumspåstand må være for at dommeren

skal kunne basere avgjørelsen på det anførte faktum.¹⁷⁸ Her er utgangspunktet klart: Beviskravet i norsk sivilprosess er sannsynlighetsovervekt.¹⁷⁹ Dette innebærer at når retten skal ta stilling til hvorvidt de faktiske sidene av sakene som må være tilstede for å kunne karakterisere søksmålet som et misbrukstilfelle, må den basere avgjørelsen på det faktum som basert på en fri bevisvurdering fremstår som mest sannsynlig. Dette blir «dommens rettsfaktum».¹⁸⁰ Dersom retten mener det er mer sannsynlig enn ikke at saksøker visste at søksmålet ikke ville føre frem, skal den i utgangspunktet legge dette til grunn.

Gjennom rettspraksis og juridisk teori er det imidlertid utviklet regler som på ulovfestet grunnlag gir mulighet til å skjerpe beviskravet for enkelte typetilfeller.¹⁸¹ Beviskravet *kan* skjerpes dersom retten må legge til grunn et særlig belastende faktum, dersom de personlige konsekvensene av en uriktig dom vil være vesensforskjellig for partene, eller dersom en av partene har unnlatt å sikre bevis der parten hadde særskilt oppfordring til dette.¹⁸² Her vil jeg ta opp spørsmålet om beviskravet for at søksmålet er misbrukstilfelle må skjerpes fordi at dette eventuelt er et særlig belastende faktum.

De mest praktiske tilfellene knyttet til skjerpet beviskrav for særlig belastende faktum er saker som gjelder forsettlig fremkallelse av forsikringstilfeller, oppreisningserstatning i alvorlige straffesaker og promillekjøring.¹⁸³ Dette er en videreføring av prinsippet om at rimelig tvil i straffesaker skal komme tiltalte til gode, og har nær sammenheng med regelen om skjerpet beviskrav der de personlige konsekvensene av en uriktig dom er vesensforskjellig for partene.¹⁸⁴ At retten må legge til grunn et belastende faktum er imidlertid ikke i seg selv tilstrekkelig for å skjerpe beviskravet. En konstatering av at det for eksempel foreligger culpa i en erstatningssak innebærer nødvendigvis en viss bebreidelse, uten at dette medfører et

¹⁷⁸ Se Magne Strandberg *Beviskrav i sivile saker - en bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger*, Bergen 2012, s. 18-19.

¹⁷⁹ Se for eksempel HR-2016-2579-A og Rt. 2006 s. 1657 Se videre Skoghøy *Tvisteløsning* s. 911 flg. Se også Magne Strandberg *Beviskravet i vaksineskader etter Rt. 2015 s. 1246* s. 9 flg. Tidsskrift for Erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett 01/2016 og Strandberg *Beviskrav i sivile saker* s. 461 flg.

¹⁸⁰ Se Strandberg, *Beviskrav i sivile saker* s. 53.

¹⁸¹ Noen ganger følger også et annet beviskrav enn sannsynlighetsovervekt direkte av den relevante lovbestemmelsen, se Skoghøy *Tvisteløsning* s. 926 flg.

¹⁸² Se Backer *Norsk Sivilprosess* s. 307.

¹⁸³ Se Skoghøy *Tvisteløsning*. 935.

¹⁸⁴ Se Skoghøy *Tvisteløsning* s. 935.

skjerpet beviskrav for om saksøkte har handlet uaktsomt.¹⁸⁵ Det kreves noe mer. Utfordringen ligger dermed i å utlede *hvor belastende* det anførte faktum må være for at beviskravet skal skjerpes. Forarbeidene til tvisteloven gir her en pekepinn:

*«Et resultat i en retning har særlige belastende konsekvenser for parten, spesielt i de tilfeller hvor det stempler parten som uhederlig, og i enda sterkere grad hvor det innebærer at parten har begått en grovere straffbar handling.»*¹⁸⁶

Hva som kreves for å skjerpe beviskravet for et særlig belastende faktum er nærmere drøftet i saken HR-2016-2579-A (Beviskrav for selvmord). Her var spørsmålet om en forsikringstager forsettlig hadde fremkalt et forsikringstilfelle ved å begå selvmord. Problemstillingen for Høyesterett var hvilket beviskrav som skulle anvendes ved vurderingen av om forsikringstakeren hadde begått selvmord eller om dødsfallet skyldtes en ulykke. Om hva som kreves for å skjerpe beviskravet for dette uttalte Høyesterett:

*«Rettskildene kan sammenfattes med at det normalt oppstilles et kvalifisert beviskrav der det faktum det er spørsmål om å bygge på, er kvalifisert klanderverdig, belastende eller infamerende for den ene parten. Jo mer belastende faktum det er spørsmål om, jo større grunn vil det være til å skjerpe beviskravet.»*¹⁸⁷

Etter min oppfatning er det klart nok klanderverdig å anlegge et søksmål man vet ikke vil føre frem. Man utsetter ikke bare motparten for den økonomiske og personlige belastningen det er å bli trukket inn i en formålsløs rettslig prosess. Man kaster også bort domstolenes tid og ressurser. Videre er det også tale om en form for «kvalifisert ond tro» ettersom ansvaret i utgangspunktet forutsetter positiv kunnskap om at søksmålet ikke ville føre frem. I teorien har Falkanger lagt til grunn at det i forbindelse med godtroerverv burde opereres med et skjerpet beviskrav i slike tilfeller.¹⁸⁸ Bakgrunnen for dette er at det er mer klanderverdig *bevisst* å handle i strid med egen rett, enn der man gjør det uaktsomt. I tillegg kommer det at begrepet

¹⁸⁵ Se Skoghøy *Tvisteløsning* s. 936.

¹⁸⁶ Se NOU 2001:32 Bind A s. 459.

¹⁸⁷ Avsnitt 42 i dommen.

¹⁸⁸ Se Aage Thor Falkanger *God tro – En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*, Oslo 1999, s. 321.

misbruk i seg selv indikerer at vedkommende er vesentlig å bebreide og har handlet på en svært kritikkverdig måte. Dette trekker i retning av et skjerpet beviskrav.

Samtidig kan det reises spørsmål om det faktum retten må basere seg på ved ugrunnede søksmål er så belastende at det er rom for å skjerpe beviskravet. De sakene hvor beviskravet er skjerpet fordi at en av partene har anført et særlig belastende faktum, handler etter mitt syn gjennomgående om situasjoner hvor faktum må anses som mer belastende enn det å anlegge et ugrunnet søksmål. Her kan for eksempel nevnes Rt. 1985 s. 211 og Rt. 1990 s. 1082 som begge gjaldt forsettlig ildspåsettelse, mens sakene Rt. 2005 s. 1322 og Rt. 2014 s. 1134 gjaldt grov vold. Rt. 2003 s. 1671 gjaldt seksuallovbrudd. Et gjennomgående trekk ved disse sakene er at det er tale om straffbar og svært klanderverdig adferd som enten har voldt personskade eller betydelig tingsskade. Det er imidlertid ikke et vilkår for å skjerpe beviskravet at handlingen volder person eller tingsskade. I Rt. 2014 s. 1161 ble beviskravet skjerpet for spørsmålet om en ansatt kunne avskjediges for å ha underslått penger. Disse dommene viser riktignok bare et utsnitt. Likevel illustrerer de hvordan et skjerpet beviskrav synes å være forbeholdt situasjoner hvor parten har handlet svært klanderverdig. Slik jeg oppfatter regelen om skjerpet beviskrav for særlig belastende faktum forutsetter den et sterkere innslag av klanderverdighet enn hva som er tilfelle ved anleggelse av et ugrunnet søksmål. Det skal mer til.

Uansett om man skulle mene at det å anlegge et ugrunnet søksmål er et tilstrekkelig belastende faktum til å skjerpe beviskravet, er det likevel ikke gitt at retten skal gjøre det. Noen ganger vil det være mothensyn som gjør at retten til tross for at den må legge til grunn et særlig belastende faktum, må falle tilbake på hovedregelen om sannsynlighetsovervekt.¹⁸⁹ Dette er blant annet lagt til grunn i den nevnte saken HR-2016-2579-A (Beviskrav for selvmord) hvor Høyesterett uttalte at:

*«Samtidig kan kryssende hensyn medføre at det ordinære kravet om sannsynlighetsovervekt fastholdes, til tross for at faktum er belastende. Det vil i så fall bero på en avveining av det belastende forholdet mot de hensynene som taler mot et skjerpet beviskrav.»*¹⁹⁰

¹⁸⁹ Se Rt. 2014 s. 1161 (Beviskrav i avskjedssaker) avsnitt 24. Se videre Skoghøy *Twisteløsning* s. 936.

¹⁹⁰ Avsnitt 38 i dommen.

Et relevant mothensyn som gjør at beviskravet for et særlig belastende faktum likevel ikke skjerpes, er hensynet til regelens effektivitet. Poenget er da at regelen kan uthules ved at de faktiske omstendighetene som må være oppfylt for å anvende regelen, blir for vanskelige å bevise.¹⁹¹ Dette kan illustreres gjennom kjennelsen inntatt i Rt. 2010 s. 224 (God advokatskikk). Her var spørsmålet om det skulle anvendes et skjerpet beviskrav for om en advokat hadde handlet i strid med god advokatskikk. Dette ble besvart benektende av Høyesterett som uttalte:

*«Å oppstille et generelt krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt, ville undergrave disiplinærsystemet som sådant».*¹⁹²

Dette hensynet gjør seg også gjeldende for vårt typetilfelle. Å bevise at parten visste at søksmålet ikke ville føre frem er i seg selv et vanskelig bevistema og bidrar til å gjøre det lite kurant å kreve erstatning for tap utover sakskostnadene. Vilåårene er i seg selv strenge. Dette er også meningen av hensyn til å sikre effektiv domstolstilgang. Men dersom det *i tillegg* skulle anvendes et skjerpet beviskrav vil det i praksis være svært vanskelig å nå frem med kravet. Erstatningsansvaret vil da stå i fare for å miste sin praktiske realitet. Da får ikke ansvaret den preventive virkningen det er ment å ha og skadelidte får heller ikke det erstatningsvernet vedkommende er ment å ha. Som påpekt av Strandberg er det *summen* av *den materiellrettslige regelen og beviskravet* som må gi en god regel.¹⁹³ Selv om man skulle mene at det å anlegge et ugrunnet søksmål er et særlig belastende faktum, mener jeg derfor hensynet til regelens effektivitet uansett balanserer dette ut. Da må retten falle tilbake på hovedregelen om sannsynlighetsovervekt. Oppsummert antar jeg derfor at beviskravet er sannsynlighetsovervekt for at saksøker visste at søksmålet ikke ville føre frem

5.6.2 Hva betyr det at et søksmål er «helt uten utsikt til å føre frem»?

Jeg går nå over til å se nærmere på det materielle innholdet av ansvarsnormen for erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader og starter med å belyse forståelsen av at søksmålet er «helt uten utsikt til å føre frem».

¹⁹¹ Se Strandberg *Beviskrav i sivile saker* s. 512-513.

¹⁹² Avsnitt 42 i dommen.

¹⁹³ Se Strandberg *Beviskrav i sivile saker* s. 513.

Det som «ligger i bunn» ved ugrunnede søksmål, er at kravet saksøker pretenderer å ha mot saksøkte er materielt uholdbart. Bevistemaet for retten når den skal ta stilling til dette, vil dermed være hvor sannsynlig det var at det eventuelt ansvarsbetingende hovedsøksmålet ville føre frem. Dette momentet er objektivt i den forstand at partens egen oppfatning av søksmålets holdbarhet ikke er et tema i denne runden. Kravet kan være materielt uholdbart på grunnlag av juss, faktum eller begge deler. Ettersom temaet for vurderingen er utsiktene søksmålet hadde til å vinne frem, er det neppe noen grunn til å skille mellom situasjoner hvor søksmålet er materielt uholdbart på grunnlag av juss eller faktum. Hvorvidt det er det juridiske eller faktiske grunnlaget for kravet som svikter, vil imidlertid kunne ha betydning for spørsmålet knyttet til partens kunnskap om at søksmålet var ugrunnet.

Vurderingen må ta utgangspunkt i hvordan holdbarheten av søksmålet med rimelighet kunne vurderes. Det må tas høyde for at det både forut for saksanlegget og underveis i prosessen kan være vanskelig å vurdere hvor sterk sak man har.¹⁹⁴ Videre må vurderingen av søksmålets holdbarhet i prinsippet vurderes særskilt for ethvert steg i prosessen.¹⁹⁵ Situasjonen kan for eksempel være at saken – i det minste – fremstod som prosedabel da stevningen ble tatt ut. Underveis i prosessen fremkommer det imidlertid bevis som gjør at saken objektivt sett faller fullstendig sammen. Da vil det i så fall være *oppretholdelsen* av søksmålet som er ansvarsbetingende. I praksis vil det dermed oppstå en plikt for parten til å trekke søksmålet. Samtidig er konsekvensen av dette at parten bare vil kunne bli ansvarlig for tap som oppstår *etter* dette.

Utfordringen når retten skal ta stilling hvor sannsynlig det var at hovedsøksmålet ville føre frem, er å utlede den riktige terskelen for hvor svakt et søksmål må være for at retten skal kunne legge til grunn at det var «helt uten utsikt til å frem». At søksmålet er svakt fundert vil klart nok ikke være tilstrekkelig til å pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader. Retten til domstolsbehandling gjelder også for dårlige saker.¹⁹⁶ Men et sted går grensen. Temaet i det følgende er å forsøke å finne terskelen for hvor svakt materielt et

¹⁹⁴ Se Lødrup med bistand av Kjelland *Lærebok i erstatningsrett* s. 177 som riktignok gjelder advokatansvar.

¹⁹⁵ Se RG-2009-213 som gjaldt styreleders personlige ansvar for selskapets sakskostnader. Se også Bøhn *Domstoloven kommentarutgave* s. 854 om den beslektede vurderingen etter dl. § 202.

¹⁹⁶ Se Rt. 2015 s. 385 (Roxar) avsnitt 27. Se også Skoghøy *Twisteløsning* s. 1327.

søksmål må være for at parten som står bak det kan pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader. For å utlede denne terskelen vil jeg se til andre regelsett hvor søksmålets materielle holdbarhet har betydning for om en bestemt rettsvirkning skal inntre. Hvorvidt slike tematisk beslektete terskler kan overføres til vårt spørsmål vil i første rekke bero på om tersklene rent språklig er noenlunde sammenfallende. Men det avgjørende vil være hvorvidt begrunnelsen bak terskelen har såpass store likehetstrekk at terskelen burde være den samme.

Jeg begynner med å se på terskelen som er oppstilt for at *styremedlemmer* skal kunne holdes personlig ansvarlig for sakskostnader pådratt av *selskapet*.¹⁹⁷ Ansvar for sakskostnadene påhviler i utgangspunktet *parten*, se tvl. § 20-7 (1). Men dersom parten er et upersonlig rettssubjekt, kan styremedlemmene etter omstendighetene måtte erstatte motpartens sakskostnader personlig.¹⁹⁸ I denne vurderingen er søksmålets holdbarhet avgjørende. Det sentrale prejudikatet her er kjennelsen inntatt i Rt. 1999 s. 589.¹⁹⁹ Her var den tapene part (et selskap) blitt insolvent, og ute av stand til å dekke sakskostnadskravet. For Høyesterett gjaldt saken primært hvorvidt det var mulig å fremme erstatningskravet mot styremedlemmene i etterkant av saken, eller om dette måtte fremmes som et vanlig sakskostnadskrav i forbindelse med hovedsaken. Høyesterett uttalte seg imidlertid også om terskelen for hva som skal til for at styremedlemmer skal kunne holdes ansvarlig for selskapets sakskostnader:

*«Dersom et selskap er part og uten evne til å dekke saksomkostningene, kan medlemmene av styret, og eventuelt andre, som på vegne av selskapet reiser saken eller ikke godtar det kravet som er reist mot selskapet, bli ansvarlig for motpartens saksomkostninger. Det er et vilkår for slikt ansvar at selskapets standpunkt i saken må anses som urimelig sett i forhold til mulighetene for å vinne saken, og at den som handler på vegne av selskapet, er eller bør være klar over dette.»*²⁰⁰

¹⁹⁷ Det var denne normen lagmannsretten baserte avgjørelsen sin på i Roxar-saken.

¹⁹⁸ Tvisteloven § 20-7 (2) gir ikke i seg selv hjemmel for et slikt krav, men angir reglene for å kumulere det inn i saken. Slik sett forutsetter bestemmelsen at kravet kan gjøres gjeldende på ulovfestet grunnlag, se Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 737 og Skoghøy *Tvisteløsning* s. 1329.

¹⁹⁹ Se nærmere Tore Schei *Tvistemålsloven med kommentarer*, Oslo 1998, s. 547 med henvisninger til rettspraksis. Se videre Skoghøy *Tvisteløsning* s. 1329. Se også HR-2017-828-U.

²⁰⁰ Side 592 i kjennelsen.

For at styremedlemmer skal kunne holdes personlig ansvarlig for sakskostnader pådratt av selskapet, kreves det altså at standpunktet selskapet inntok i prosessen var «urimelig sett i forhold til mulighetene for å vinne saken». Dette er en henvisning til kravets materielle holdbarhet. Rent språklig synes imidlertid formuleringene å oppstille noe ulike terskler med hensyn til hvor svakt materielt søksmålet må være for at de skal være ansvarsbetingende. Slik jeg leser det, er et søksmål som er «helt uten utsikt til å føre frem» materielt svakere enn et søksmål der standpunktet som inntas er «urimelig sett i forhold til mulighetene til å vinne frem». Samtidig skal man ikke nødvendigvis legge for mye i at formuleringene er noe ulike. I begge tilfeller er det tale om klassifisering av søksmål som klart ikke er materielt holdbart.

Hensynene som begrunner henholdsvis styremedlemmers erstatningsansvar for selskapets sakskostnader og partens erstatningsansvar for tap utover motpartens sakskostnader er imidlertid ulike. Riktignok vil det kunne begrense selskapets motivasjon til å engasjere seg i rettslige prosesser dersom styremedlemmene risikerer å måtte dekke sakskostnadene personlig. Slik sett vil også holdbare krav kunne bli skadelidne som følge av et potensielt personlig erstatningsansvar for styremedlemmene. Styremedlemmers erstatningsansvar for selskapets sakskostnader har dermed en side til *selskapets* rett på domstolstilgang. Men som nevnt i punkt 4.3, garanterer ikke retten til domstolstilgang at rettergangen ikke skal koste.²⁰¹ At den tapende part må betale motpartens sakskostnader er i seg selv klart nok en forholdsmessig begrensning av domstolstilgangen. Og styremedlemmets erstatningsansvar er for dette typetilfellet begrenset til sakskostnadene. Dette vil forholdsvis enkelt kunne kalkuleres inn ved vurderingen av prosessrisikoen. Hensynet til effektiv domstolstilgang gjør seg derfor ikke like sterkt gjeldende i saker som gjelder styremedlemmers ansvar for selskapets sakskostnader som i saker som gjelder partens ansvar for tap utover motpartens sakskostnader.

Videre må det understrekes at styremedlemmers ansvar skal ivareta motparten i situasjoner hvor det ikke var økonomisk forsvarlig at styret valgte å engasjere selskapet i en rettslig prosess. At styremedlemmer kan holdes personlig ansvarlig for selskapets sakskostnader bygger slik sett på en tanke om gjennomskjæring ut fra hensynet til motparten og er en rimelig plassering av risikoen for sakskostnadsansvaret. Når det er tilfelle, er det naturlig at utsiktene søksmålet hadde til å føre frem som vilkår for å pådra seg erstatningsansvar, må

²⁰¹ Se Ravlo *Access to court* s. 265.

vrderes forskjellig for de to typetilfellene. Slik jeg oppfatter det, er det dermed grunn til å holde fast ved at formuleringene «urimelig sett i forhold til mulighetene til å vinne frem» og «helt uten utsikt til å føre frem» gir anvisning på ulike terskler hvor den førstnevnte er mildere enn den sistnevnte.

Videre kan det reises spørsmål om hvorvidt domstolsloven § 202 kan gi veiledning med hensyn til hva det innebærer at et søksmål er «helt uten utsikt til å føre frem». Som nevnt fremgår det av bestemmelsen at dersom en part «åpenbart uten grunn har anlagt søksmål» kan vedkommende pålegges å erstatte det offentlige utgifter til saken og/eller ilegges rettergangsbot. Også her er temaet søksmålets materielle holdbarhet. Rent språklig gir begge formuleringene anvisning på at søksmålet må være materielt uholdbart for at henholdsvis erstatning til det offentlige/rettergangsbøter og erstatning utover motpartens sakskostnader skal være aktuelt. Når det gjelder overføringsverdien av dl. § 202 til ansvarsnormen i Roxar-saken, må det også legges vekt på den koblingen Høyesterett selv gjør mellom bestemmelsen og den ansvarsnormen som utledes. Høyesterett la til grunn at «også» denne regelen forutsetter misbruk av retten til domstolstilgang som vilkår for erstatning til det offentlige eller rettergangsbøter.²⁰² Hensynene som begrunner henholdsvis erstatning utover motpartens sakskostnader og rettergangsbøter har også paralleller. I begge tilfeller er det tale om å sanksjonere misbruk av domstolssystemet. Dette tilsier at tersklene er sammenfallende. Samtidig er det ingen nødvendig kobling mellom formuleringene. Det skyldes at dl. § 202 har et pønalt preg da den også hjemler straff i form av rettergangsbot. Riktignok kan det hevdes at det *reelt sett* er verre for parten å ilegges et kanskje betydelig erstatningsansvar enn det er å idømmes en beskjeden rettergangsbot. Likevel må man holde fast ved at straff er en mer inngripende sanksjon enn erstatning.²⁰³ Regelens pønale karakter kan også være noe av bakgrunnen for at den i rettspraksis er tolket svært strengt. Kjennelsen inntatt i Rt. 1997 s. 1019 er sentral. Her hadde en part og hans advokat blitt ilagt rettergangsbot med hjemmel i domstolloven § 202. De hadde anlagt et uholdbart søksmål mot en kommune med krav om tilbakebetaling av et krav kommunen hadde motregnet. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at vilkåret for å idømme rettergangsbot var oppfylt dersom:

²⁰² Se avsnitt 31 i dommen.

²⁰³ Se Stang *Erstatningsansvar* s. 57-58.

«Det overhodet ikke kan anføres et relevant argument til støtte for det resultat som saksøkeren ønsker å oppnå gjennom søksmålet (...) I den grad det er en aldri så liten usikkerhet eller uklarhet tilstede, kan bestemmelsen ikke benyttes.»²⁰⁴

Denne lovtolkningen ble av Høyesterett beskrevet som «korrekt» og ble også lagt til grunn i Roxar-saken.²⁰⁵ Etter min oppfatning gir *rettsregelen* som utledes av dl. § 202 uttrykk for en strengere norm enn det som kan utledes av ordlyden lest isolert. Og slik jeg ser det, gir denne rettsregelen anvisning på en strengere norm enn det man kan slutte av formuleringen «helt uten utsikt» til å føre frem. Et søksmål kan være «helt uten utsikt» til å føre frem selv om det for så vidt kan anføres relevante argumenter til støtte for standpunktet som gjøres gjeldende. Når det er tilfelle, vil terskelen for hvor svakt søksmålet må være for å kunne danne grunnlag for erstatningsansvar ikke uten videre kunne fastlegges på bakgrunn av den tematisk tilgrensende bestemmelsen i dl. § 202.

Videre inneholder tvisteloven en rekke ulike bestemmelser som alle tematisk knytter seg enten sanksjonering eller behandlingsmåte av ugrunnede søksmål. For eksempel forutsetter som nevnt forenklet domsbehandling etter tvl. § 9-8 (1) at det er «klart at et krav som er fremmet, ikke for noen del kan gis medhold, eller det er klart at innsigelsene mot kravet i sin helhet er uholdbare». På samme måte fremgår det av tvl. § 29-13 (2) at anke til lagmannsretten skal avvises dersom det er «klart at anken ikke vil føre frem». Fellestrekket ved disse er at begge inviterer til en vurdering av søksmålets holdbarhet. Eller om man vil: Søksmålets utsikt til å føre frem.

Rent språklig er det nokså store likhetstrekk mellom formuleringene i tvl. § 9-8 (1) og tvl. § 29-13 (2) og formuleringen i Roxar-saken om at et søksmål er «helt uten utsikt» til å føre frem. I begge tilfeller er det tale om søksmål hvor utfallet fremstår som gitt. Hvor dårlige utsikter søksmålet må ha for å kunne avgjøres ved forenklet domsbehandling – og dermed også kunne avvises for lagmannsretten – er nærmere presisert i av tvistemålsutvalget. Her vises det til at det må være «åpenbart» at kravet eller innsigelsene mot det ikke kan føre

²⁰⁴ Formuleringen i kjennelsen er hentet fra Andreassen [Skoghøy] *Rettergangsstraff* s. 65. Se videre Bøhn *Domstoloven kommentarutgave* s. 854.

²⁰⁵ Se kjennelsen s. 1022 og avsnitt 31 i Rt. 2015 s. 385 (Roxar).

frem.²⁰⁶ Om den tilsvarende terskelen i tvl. § 29-13 (2) er det i Rt. 2009 s. 1118 lagt til grunn at vilkåret om å nekte en anke fremmet er «strengt».²⁰⁷

Begrunnelsen bak reglene om forenklet domsbehandling i tingretten og ankesiling i lagmannsretten skiller seg imidlertid noe fra begrunnelsen knyttet til å ilegge en part erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader. Forenklet domsbehandling og siling av uholdbare anker er tydelig begrunnet i *prosessøkonomiske hensyn*. Det gir ingen mening å kaste bort partenes og domstolstolenes ressurser på saker hvor utfallet er mer eller mindre gitt. Som nevnt under punkt 3.4 er dermed begge disse bestemmelsene en forlengelse av målsettingen i tvisteloven § 1-1 om rask og effektiv behandling av saker. Samtidig må også disse reglene balansere retten til domstolstilgang på den ene siden mot hensynet til motparten og domstolenes ressurser på den annen.

Ansvarsnormen for ugrunnede søksmål er også *delvis* begrunnet i prosessøkonomiske hensyn. Som nevnt fremhevet Høyesterett hvordan en såpass streng ansvarsnorm var nødvendig for å hindre «taktiske motsøksmål» og nye søksmål etter at den opprinnelige saken er avgjort.²⁰⁸ Men også her må man finne den riktige balansen mellom retten til domstolstilgang og hensynet til motparten. Slik sett er det flere paralleller mellom regler om forenklet domsbehandling/avvisning av anke til lagmannsretten og regler om erstatningsansvar for tap utover sakskostnadene.

Samlet sett er det imidlertid vanskelig å knytte vurderingen av søksmålets holdbarhet ved spørsmål om erstatning for tap utover sakskostnadene til andre beslektede regelsett. Selv om andre ansvarsnormer er språklig like, er ikke hensynene som begrunner reglene nødvendigvis parallelle. Slik jeg ser det, må derfor terskelen for hvor svakt et søksmål må være for at parten skal kunne pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader, stå på egne ben. Terskelen for hvor svakt søksmålet må være for å kunne være ansvarsbetingende, er det imidlertid vanskelig å konkretisere. Men etter min oppfatning må det kreves noe *mer enn* at standpunktet parten har inntatt i søksmålet er «urimelig sett i forhold til mulighetene for å vinne saken», jf. Rt. 1999 s. 589. Likevel kan det ikke kreves *så mye* som at «det overhodet

²⁰⁶ Se NOU 2001:32 Bind B s. 752.

²⁰⁷ Se avsnitt 47 i dommen.

²⁰⁸ Se avsnitt 33 i dommen.

ikke kan anføres et relevant argument til støtte for det resultatet som saksøkeren ønsker å oppnå gjennom søksmålet». Søksmålet kan være erstatningsbetingende selv om det er en «aldri så liten usikkerhet eller uklarhet tilstede», jf. Rt. 1997 s. 1019. I den grad det er mulig å presisere hvor svakt fundert et søksmål må være for at det kan anses for å være «helt uten utsikt til å føre frem», antar jeg at terskelen for hvor svakt søksmålet må være ligger et sted i mellom disse to.

5.6.3 Hva betyr det at parten «skjønner» at søksmålet er helt uten utsikt til å føre frem?

Over var temaet hvor svakt et søksmål må være for at det skal kunne være ansvarsbetingende. At søksmålet er materielt uholdbart er imidlertid ikke tilstrekkelig til å pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader. For å anse søksmålet som misbruk av domstolssystemet kreves det også at parten *skjønner at det er slik*. Dette *subjektive* momentet vil jeg behandle nærmere i det følgende.

Rent språklig indikerer formuleringen «skjønner at det er slik» at parten må ha hatt *positiv kunnskap* om at søksmålet var «helt uten utsikt til å føre frem». Som nevnt i punkt 5.3 avgrenser formuleringen mot situasjoner hvor parten *burde ha skjönt* at søksmålet var uholdbart. Utgangspunktet er dermed klart: Det er kun dersom parten hadde positiv kunnskap om at søksmålet ikke ville føre frem at det kan konstateres misbruk av retten til domstolstilgang.

Hva noen skjønner og ikke skjønner er imidlertid ikke alltid et enten/eller spørsmål. Som påpekt av Falkanger kan man sjeldent eller aldri være 100% sikker på noe.²¹⁰ Man kan «forstå» eller «skjønne» noe i større eller mindre grad. Det kan dermed reises spørsmål om *hvor sikker* parten må være på at søksmålet er «helt uten utsikt til å føre frem» for at retten skal kunne legge til grunn at parten «skjønner at det er slik». Juss er ikke matematikk og det er sjeldent man kan være *helt sikker* på hva utfallet av en sak vil bli. Det gjelder i alle fall på et tidlig stadium i prosessen hvor saken ikke nødvendigvis er særlig godt opplyst.

Et annet moment som gjør problemstillingen knyttet til positiv kunnskap om søksmålets manglende holdbarhet vanskelig, er at positiv kunnskap unndrar seg alminnelige

²¹⁰ Se Falkanger *God tro* s. 216.

erfaringsgrunnsetninger. Som Falkanger nevner byr derfor positiv kunnskap som bevistema på særskilte utfordringer. Med mindre parten innrømmer at han visste at søksmålet ikke ville føre frem, er det vanskelig å påvise hva parten visste eller ikke visste. Det vet han strengt tatt kun selv.²¹¹ Kravet om at parten «skjønner at det er slik» må imidlertid operasjonaliseres. Utfordringen ligger i å gjøre dette på en slik måte at bevistemaet blir håndterlig i praksis.

En måte å gjøre dette på er ved bruk av tall: Saksøker må for eksempel være 85% sikker på at søksmålet er helt uten utsikt til å føre frem for å legge til grunn at han «skjønner at det er slik». Graden av sikkerhet kan også angis med ord: Parten må for eksempel være «svært sikker» på at søksmålet var helt uten utsikt til å føre frem. Jeg er imidlertid usikker på hvor mye nærmere man kommer med noen av disse innfallsvinklene. En annen innfallsvinkel er å knytte vurderingen til hvilke slutninger parten burde ha trukket av den informasjonen vedkommende satt med og hvilke konsekvenser han burde tatt av denne.

Denne tilnærmingen valgte Høyesterett i saken Rt. 1997 s. 1037, som gjaldt tolkningen av arvelova § 19 annet ledd.²¹² Det følger av denne bestemmelsen at søksmål om omstøtelse av gaver fra uskiftet bo må anlegges senest ett år etter at saksøker «fekk kunnskap om gáva». Bestemmelsens ordlyd forutsetter at søksmålsfristen først begynner å løpe fra det tidspunktet saksøker hadde *positiv kunnskap* om gaven. Tatt på ordet innebærer formuleringen at søksmålsfristen i prinsippet kan løpe i det uendelige. Dette ville imidlertid være klart i strid med formålet bak søksmålsfristen, nemlig å beskytte gavemottakers innrettelse. Det er også et svært vanskelig bevistema dersom parten står fast på at han ikke visste om gaven. Som en konsekvens av dette la Høyesterett til grunn at kunnskapskravet måtte objektiviseres. Det ble uttalt at:

«De ankende parter gjør gjeldende at vi her står overfor et krav om positiv kunnskap. Dette vil bero på bevisvurdering om subjektive forhold, som kan være vanskelig. En slik forståelse vil også lede til at det kan gå meget lang tid før fristen begynner å løpe. Kunnskapskravet må derfor etter min mening til en viss grad objektiviseres. Vanligvis bør det avgjørende være om arvingene - bedømt ut fra hva alminnelige, forstandige personer forstår - vet så mye at de har

²¹¹ Se Falkanger *God tro* s. 217.

²¹² Lov 3. mars 1972 nr. 5 om arv m.m. (Arvelova).

*oppfordring til å aksjonere. Fra dette tidspunkt har arvingene etter loven ett år på seg til å reise søksmål.»*²¹³

Det avgjørende i vurderingen av om parten hadde «kunnskap» om gaven vil altså være om vedkommende hadde såpass mye informasjon om disposisjonen at han hadde oppfordring til å reagere i form av å ta ut stevning. Temaet for vurderingen blir dermed hvilke slutninger parten burde hadde trukket av den informasjonen han hadde (er det gitt en gave fra uskifteboet) og hvilke konsekvenser han burde ha tatt av denne (kreve omstøtelse). Fokuset ved bevisvurderingen flyttes dermed fra spørsmålet om saksøker *faktisk* hadde kunnskap om gaven til om saksøker hadde tilstrekkelig informasjon om saken til at han burde agere. Dette er to nokså forskjellige bevistema.

For vår del er poenget følgende: Regler som i utgangspunktet krever positiv kunnskap om et bestemt faktum for at en rettsvirkning skal inntre, må tolkes. De kan ikke uten videre tas på ordet.²¹⁴ Arvelova § 19 annet ledd er operasjonalisert slik at parten anses for å ha «kunnskap» om disposisjonen fra og med det tidspunktet de hadde tilstrekkelig informasjon om saken til at de hadde oppfordring til å agere i form av å ta ut stevning med krav om omstøtelse av gaven. Overfører man denne tilnærmingen til vårt typetilfelle vil temaet for vurderingen være om parten – basert på hva alminnelige, forstandige personer forstår – hadde tilstrekkelig kunnskap om søksmålets holdbarhet til at stevning ikke burde vært tatt ut eller at søksmålet burde ha vært trukket. Som bevistema er dette betydelig mer håndterlig enn spørsmål om parten rent faktisk «skjønnte» at søksmålet var helt uten utsikt til å føre frem.

Det er imidlertid også svakheter ved en slik tilnærming. Problemet er at grensen mellom et slik objektivisert kunnskapskrav og en alminnelig aktsomhetsvurdering er nokså flytende. Dersom man spør om parten hadde tilstrekkelig kunnskap om søksmålets holdbarhet til at stevning ikke burde vært tatt ut eller at søksmålet burde ha vært trukket, er man nødvendigvis inne i en vurdering av hva parten *burde* ha foretatt seg. Problemet med å objektivisere kunnskapskravet er dermed at vurderingen lett vil kunne skli ut til en «bred aktsomhetsvurdering», slik Høyesterett eksplisitt tok avstand fra.

²¹³ Side 1041 i dommen.

²¹⁴ Se Falkanger *God tro* s. 212.

I praksis vil det imidlertid være slik bevisbedømmelsen uansett må foretas. Bevisituasjonen i disse sakene vil nok sjelden være slik at det uten videre kan konstateres at parten visste at søksmålet ikke ville føre frem. Det er neppe særlig praktisk at det for eksempel foreligger korrespondanse mellom parten og prosessfullmektigen som avslører at søksmålet er anlagt av andre grunner enn å vinne frem med det materielle kravet. Trolig vil man derfor ofte komme i situasjoner hvor det blir «ord mot ord». Saksøker i hovedsøksmålet hevder at han i det minste oppfattet søksmålet som prosedabelt. Dette innebærer at når retten skal ta stilling til om parten *skjønnte* at søksmålet var helt uten utsikt til å føre frem, vil den måtte se til mer objektive omstendigheter i saken som belyser dette spørsmålet. Søksmålets holdbarhet vil igjen komme inn i denne vurderingen. Jo svakere dette var, jo mer nærliggende vil det være for retten å legge til grunn at parten *skjønnte* at søksmålet var uholdbart. Andre sentrale momenter vil for eksempel være om parten har særlig kunnskap innenfor fagområde. For eksempel kan man se for seg et søksmål knyttet til utnyttelse av svært avanserte patentrettigheter. Dersom parten i utgangspunktet har svært god kunnskap om dette fagfeltet, men søksmålet svikter fullstendig på sakens faktiske grunnlag vil det ofte være lite troverdig at parten hevder at han ikke visste at søksmålet ikke ville føre frem.

Vi ser dermed at selv om regelen i utgangspunktet forutsetter positiv kunnskap om søksmålets manglende holdbarhet, vil den vurderingen som må foretas i praksis ligge nokså tett opp til en alminnelig aktsomhetsvurdering. Poenget er at dersom det opprinnelige søksmålet lå slik an at saksøker *måtte forstå* at det ikke ville føre frem, vil det ofte være sannsynlighetsovervekt for at parten også forstod dette. Og retten må som nevnt basere sin avgjørelse på det faktum som fremstår som mest sannsynlig.²¹⁵ Etter min oppfatning kan denne innfallsvinkelen praktiseres uten å gå på tvers av utgangspunktet om at parten må ha hatt positiv kunnskap om at søksmålet var uten utsikt til å føre frem. At kunnskapskravet på denne måte objektiviseres er en retningslinje for den bevisbedømmelsen som må foretas. Dette innebærer imidlertid ingen bortfortolkning av kravet om at saksøker må ha *skjönt* at søksmålet ikke ville føre frem. Det er en nyansering av bevistemaet som igjen setter visse rammer for den bevisbedømmelsen som skal foretas.

Denne tilnærmingen må praktiseres med retten til domstolstilgang for øye. Det innebærer at parten ikke kan forventes å unnlate å ta ut stevning eller trekke søksmålet selv om

²¹⁵ Se punkt 5.6.1

vedkommende sitter på kunnskap som gjør at søksmålet mest sannsynlig ikke vil føre frem. Kunnskapen må være slik at parten – rimelig bedømt – måtte forstå at søksmålet var helt uten utsikt til å føre frem. Hvis det er tilfelle, vil retten etter min oppfatning kunne legge til grunn at parten «skjønner at det er slik», altså at søksmålet er «helt uten utsikt til å føre frem».

5.6.4. Hvem må hatt kunnskap om at søksmålet var helt uten utsikt til å føre frem der parten er et selskap?

Ovenfor var temaet *hva* som skal til for å legge til grunn at parten «skjønnte» at søksmålet var uten utsikt til å føre frem, og *hvordan* bevisbedømmelsen rundt dette vil måtte foretas. I dette avsnittet er temaet *hvem* som må ha hatt denne kunnskapen. Dersom saksøker er et personlig rettssubjekt, er det selvsagt parten selv som må ha hatt kunnskap om at søksmålet var helt uten utsikt til å føre frem. Problemstillingen her er hvem som må ha hatt denne kunnskapen dersom saksøker er et upersonlig rettssubjekt i form av et selskap.

Det følger av tvl. § 2-1 (1) bokstav c at selskaper har partsevne. Selskapet kan både saksøke og bli saksøkt. Dersom et selskap er part i en sak, skal det derfor etter tvl. § 2-3 (1) utpekes en stedfortreder som ivaretar selskapets «rettigheter og plikter i rettssaken». Etter tvl. § 2-5 (1) er det i utgangspunktet styrelederen som er selskapets stedfortreder, men kompetansen til å opptre som stedfortreder kan delegeres, jf. tvl. § 2-5 (2).²¹⁶ Stedfortrederens prosesshandlinger virker som om de var foretatt av parten selv.²¹⁷ En refleksvirkning av dette må være at dersom *stedfortrederen* har positiv kunnskap om at søksmålet er uten utsikt til å føre frem, må også *selskapet* anses for å ha dette. Spørsmålet er om det er tilstrekkelig at en eller flere av *styremedlemmene* hadde kunnskap om dette der styremedlemmet selv ikke er stedfortreder.

Et naturlig utgangspunkt for denne vurderingen er aksl. § 6-30.²¹⁸ Det følger av denne bestemmelsen at «Styret representerer selskapet utad og tegner dets firma». Dette innebærer at det er styret som representerer selskapet utad under rettergang.²¹⁹ Poenget er at styret i

²¹⁶ Se nærmere Bøhn *Domstoloven kommentarutgave* s. 797.

²¹⁷ Se Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 89.

²¹⁸ Lov 13.juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).

²¹⁹ Se Magnus Aarbakke, Asle Aarbakke, Gunnar Knudsen, Tone Ofstad og Jan Skåre *Aksjeloven og allmennaksjeloven. Kommentarutgave 3.utgave*, Oslo 2012, s. 553.

selskapet er selskapet personlig.²²⁰ Spørsmålet om hva et *selskap* har hatt kunnskap om, er dermed reelt sett et spørsmål om hva *selskapets styre* har hatt kunnskap om. Dette finner støtte i Rt. 2002 s. 696 (Skøyen Næringspark). Her stod et selskap som selger av en næringseiendom. Etterhvert viste det seg at eiendommen var mangelfull. Ettersom eiendom var solgt «as is» etter avhendingslova § 3-7 var spørsmålet om *selskapet* «kjente eller måtte kjenne til» de omstendighetene som det ble hevdet utgjorde en mangel. Om dette uttalte Høyesterett at:

*«Jeg er klar over at det vil være en fiksjon å tillegge et selskap som sådant kunnskap. Men slike konstruksjoner er også ellers funnet hensiktsmessig i forbindelse med etableringen av et regelsett for juridiske personer. Disse er tillagt både rettigheter og forpliktelser. Når det gjelder et selskaps ansvar for handlinger utført av et selskaps ledelse, organansvaret, som ikke anses som et arbeidsgiveransvar, forklares dette med at handlingene må ses på som «selskapets egne»».*²²¹

Dommen gir uttrykk for at kunnskap i selskapets ledelse anses som selskapets egne kunnskap. Overført til vårt tilfelle innebærer det at dersom styremedlemmer i selskapet skjønner at søksmålet er uten utsikt til å føre frem, anses selskapet for å skjønne dette. Oppsummert innebærer dette at dersom noen av selskapets styremedlemmer hadde positiv kunnskap om at søksmålet var helt uten utsikt til å føre frem, må selskapet som sådan anses for å ha denne kunnskapen.

5.6.5 Normalreservasjonen

Som nevnt ovenfor innebærer Høyesterett sin formulering av ansvarsnormen for ugrunnede søksmål at det ikke uten videre foreligger ansvarsgrunnlag selv om parten skjønte at søksmålet var helt uten utsikt til å føre frem. Det vil i slike situasjoner *normalt* foreligge misbruk av domstolstilgangen. Reservasjonen om at søksmålet i slike situasjoner bare normalt er misbruk av domstolstilgangen åpner opp for at det må foretas en mer overordnet – normativ – vurdering av søksmålet som sådan. Temaet i dette avsnittet er å se nærmere på denne *normalreservasjonen*.

²²⁰ Se Nygaard *Skade og Ansvar* s. 229.

²²¹ Side 702 i dommen.

Det kan tenkes flere typetilfeller der parten vet at søksmålet ikke vil føre frem, men hvor det likevel ikke uten videre er treffende å karakterisere søksmålet som et misbruk av domstolssystemet. Nesdam skriver:

«Spørsmålet er om dommen åpner for at saksøkeren skal slippe ansvar i tilfeller hvor denne kan bevise en annen grunn til å reise søksmål, jf. Høyesteretts forbehold om at andre formål «normalt» vil være misbruk. Saksøker kan ha interesse av å få saken prøvd rettslig. Formålet kan, men behøver ikke, være rettspolitisk, f.eks. å belyse problemstillingen eller å få frem svakheter i gjeldende lovgivning. Selv om ansvarsvilkårene isolert skulle være oppfylt, gjenstår det å se om slike eller andre søksmålsgrunner likevel vil anses beskyttelsesverdige.»²²³

For de typetilfellene Nesdam skisserer er jeg enig i at det kan være aktuelt ikke å konstatere misbruk selv om parten visste at søksmålet var uten utsikt til å føre frem. Til tross for at man også i slike tilfeller tar i bruk domstolstilgangen på en annen måte enn slik den er tiltenkt, har disse søksmålene et mindre klanderverdig preg da søksmålet her forfølger lojale formål. Det kan imidlertid reises spørsmål om hvor langt dette rekker. Der en næringsdrivende saksøker en konkurrent med ønske om å oppnå et konkurransemessig fortrinn forfølges også legitime formål. Som nevnt er det i konkurranseammenheng i utgangspunktet legitimt å påføre en konkurrent tap.²²⁴ Problemet er *måten* man gjør dette på. Det samme kan sies om tilfeller hvor man for eksempel anlegger et ugrunnet «klimasøksmål» for å rette fokus på manglende beskyttelse av miljøet i lovgivningen.²²⁵ Det er klart nok legitimt å forsøke å ivareta klimaet. Men også her er det måten dette eventuelt skjer på som er problematisk.

Som nevnt i punkt 5.4 er det vanlig å knytte terminologien «rettsmisbruk» til situasjoner hvor noen gjør bruk av en rettighet som utvilsomt tilkommer vedkommende, men hvor retten brukes på en (helt) annen måte enn slik den er tiltenkt. Vurderingen av om et søksmål som isolert sett forfølger legitime formål kan anses som et misbrukstilfelle, må som nevnt i punkt

²²³ Nesdam *Retten til domstolstilgang og ansvar for ugrunnet søksmål* s. 382.

²²⁴ Noe også Høyesterett understreker i dommen, se avsnitt 22.

²²⁵ Dette er ingen antydning om at Natur og Ungdom og Greenpeace sitt «klimasøksmål» mot staten er ugrunnet. Selv om søksmålet kanskje også er motivert av å rette fokus mot miljøkonsekvensene av oljeboring i Barentshavet, er det ikke holdepunkter for å hevde at den materielle pretensjonen er uholdbar.

5.5 ta utgangspunkt i den funksjonen det norske domstolssystemet er ment å ha. Som nevnt oppfatter jeg domstolstilgang som et verktøy for å sikre at muligheten til å håndheve materielle rettigheter. Domstolene skal være en tvisteløser i situasjoner hvor det er *reell rettslig uenighet* mellom to eller flere parter.²²⁶ Riktignok understrekes det i forarbeidene til tvisteloven at domstolene – særlig Høyesterett – har en sentral rolle med hensyn til å drive rettsutvikling og rettsavklaring.²²⁷ Men det er ingenting i forarbeidene som tilsier at domstolene er ment å skulle være en arena for å synliggjøre hull i lovgivningen eller belyse rettspolitiske problemstillinger mer generelt. Dersom man for eksempel mener at det er hull i lovgivningen, burde parten forsøke å tette dette gjennom andre kanaler. Domstolene feil arena for dette.

Formuleringen om at det bare *normalt* vil være ansvarsbetingende å anlegge et søksmål man skjønner er helt uten utsikt til å føre frem, oppfatter jeg som en «sikkerhetsventil». Da Roxar-saken kom opp for Høyesterett, var temaet erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader i svært liten grad tematisert i norsk rett. Av tidligere høyesterettspraksis var det kun en dom som omhandlet problemstillingen (Rt. 1994 s. 1430), men dette var kun i en kort *obiter-uttalelse*. I teorien var heller ikke temaet viet særlig oppmerksomhet. I underrettspraksis var problemstillingen reist, men uten at spørsmålet virkelig hadde kommet på spissen.²²⁸ I en slik situasjon hvor det nasjonale rettskildematerialet var spinkelt, kan det være vanskelig fullt ut å overskue konsekvensene av å etablere en «skarpere» ansvarsnorm. Dermed er det naturlig at Høyesterett i saken formulerte seg noe «forsiktig» slik at normen er tilpasningsdyktig med hensyn til andre og uforutsette typetilfeller. Likevel er trolig innholdet av denne «normalreservasjonen» en lite praktisk problemstilling. Hvorvidt den vil få noen betydning, gjenstår imidlertid å se.

5.7 Ansvarsnormens forhold til regler om misbruk av dominerende markedsposisjon

I Roxar-saken var det som nevnt i punkt 5.3 et tydelig fokus på å etablere en ansvarsnorm for ugrunnede søksmål som ikke ville være i strid med retten til domstolstilgang etter EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95. Men man kan også se saken – og tilsvarende saker fremover –

²²⁶ Se Skoghøy *Tvisteløsning* s. 396.

²²⁷ Se Skoghøy *Tvisteløsning* s. 131.

²²⁸ Se for eksempel LB-2012-35181, LB-2002-2410 og TAHER-2007-52377.

fra et tydeligere konkurranserettslig perspektiv. Konstruksjonen er da at det ugrunnede søksmålet fremmes for å skaffe seg et konkurransemessig fortrinn, og spørsmålet er om dette er akseptabel «konkurranseadferd». Riktignok viste Høyesterett i dommen til forslag om nytt direktiv om beskyttelse av konkurransehemmeligheter og påpekte at terskelen for å pådra seg erstatningsansvar for ugrunnet søksmål her var lagt «høyt».²²⁹ Likevel kan det hevdes at de konkurranserettslige sidene av saken er underproblematisert i dommen.²³⁰ I dette punktet vil jeg derfor si litt om hvordan ansvarsnormen Høyesterett oppstilte i Roxar-saken plasserer seg i relasjon til EU-rettslige regler om misbruk av dominerende markedsposisjon.

Problemstillingen er hvorvidt ansvarsnormen oppstilt i Roxar-saken fanger opp forbudet mot misbruk av dominerende markedsposisjon eller om det for disse typetilfellene må oppstilles en egen ansvarsnorm.

Som nevnt følger det av selve *konkurranse situasjonen* at konkurrenter innen næringslivet vil forsøke å påføre hverandre tap. For å gjøre dette må man kunne ta i bruk aggressive virkemidler. Men et sted går grensen for hva som er akseptabelt. Utfordringen ligger i å trekke denne grensen og her er konkurranse loven § 11 sentral.²³¹ Det følger av bestemmelsen at «et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt».

Bestemmelsen gjennomfører EØS-avtalen art. 54. For å fastlegge det nærmere innholdet av bestemmelsen må det dermed ses til praksis fra EU-domstolen.²³²

«Inngangsvilkåret» for å anvende bestemmelsen er at partene har en «dominerende markedsposisjon» innenfor et bestemt marked. Jeg går ikke nærmere inn på hva som ligger i dette vilkåret, men forutsetter her at det er oppfylt. Dominerende markedsposisjon kan misbrukes på mange måter, noe krll. § 11 bokstav a-d bærer bud om. Denne listen er imidlertid ikke uttømmende og EU-domstolen har lagt til grunn at også *ugrunnede søksmål*

²²⁹ Se avsnitt 31 i dommen.

²³⁰ Slik Irgens-Jensen og Østerud *Erstatning utover sakskostnadene for uberettiget søksmål – Rt. 2015 s. 385. s. 12-14.*

²³¹ Lov 5. mars 2004 nr.12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranse loven).

²³² Se Rt. 2011 s. 910 (Tine).

etter omstendighetene kan anses som misbruk av dominerende markedsposisjon.²³³ Her er særlig saken *ITT Promedia mot Kommisjonen* relevant.²³⁴

Saken gjaldt opprinnelig tvist mellom de belgiske selskapene Belgacom og Promedia om retten til å utgi telefonkataloger i Belgia. Belgacom hevdet at Promedia var uberettiget til dette og satte blant annet i gang rettslige prosesser for å hindre Promedia i å gjøre det. Disse prosessene førte imidlertid ikke frem. Promedia hevdet søksmålene fra Belgacom var totalt grunnløse og anlagt kun for å skade Promedia (vexatious litigation). De krevde derfor erstatning for tap utover sakskostnadene de var påført som følge av sakene. Disse kravene førte imidlertid ikke frem i belgisk rett. Promedia tok dermed saken til Kommisjonen med påstand om at Belgacom hadde unyttet sin dominerende markedsposisjon ved å fremme ugrunnede søksmål. Der fikk de ikke medhold og saken ble derfor bragt inn for EU-domstolen.

EU-domstolen viste her til at prinsippet om rett til domstolstilgang innebærer at det bare helt unntaksvis (in wholly exceptional circumstances) vil være misbruk av dominerende markedsstilling å ta ut søksmål. Likevel ble det antatt at ugrunnede søksmål under visse omstendigheter kunne anses som misbruk av dominerende markedsstilling. EU-domstolen uttalte:

*«In order to be able to determine the cases in which such legal proceedings are an abuse (...) it is necessary that the action (i) cannot reasonably be considered as an attempt to establish the rights of the undertaking concerned and can therefore only serve to harass the opposite party and (ii) it is conceived in the framework of a plan whose goal is to eliminate competition.»*²³⁵

Fra et metodisk perspektiv skiller denne regelen seg noe fra den ansvarsnormen Høyesterett oppstilte i Roxar-saken. Den inneholder ingen «normalreservasjon» og er slik sett noe skarpere i kantene enn den Høyesterett oppstilte i Roxar-saken. I tillegg må man ha for øye at

²³³ Se Rt. 2011 s. 910 (Tine) avsnitt 61.

²³⁴ Case T-111/96.

²³⁵ Partene var enige om at spørsmålet måtte vurderes etter denne normen. Det var Kommisjonens subsumsjon det var uenighet om, se avsnitt 57 i dommen.

selve problemstillingen her er en noe annen enn i Roxar-saken. I *ITT Promedia mot Kommisjonen* var spørsmålet om et ugrunnet søksmål var misbruk av dominerende markedsposisjon. I Roxar-saken var spørsmålet om Roxar hadde misbrukt retten til å anlegge søksmål.

Materielt består altså regelen av to kumulative vilkår slik at begge må være oppfylt for at et søksmål skal kunne anses som misbruk av dominerende markedsposisjon. For å sikre effektiv domstolstilgang skal disse tolkes restriktivt.²³⁶ Det første av disse to vilkårene kjenner vi igjen: Det eventuelt ansvarsbetingende søksmålet må være materielt uholdbart. Her er dette formulert som at søksmålet må være såpass svakt at det ikke med rimelighet kan oppfattes som et forsøk på å håndheve rettigheter overfor saksøkte (cannot reasonably be considered as an attempt to establish the rights of the undertaking concerned). Det nærmere innholdet av dette vilkåret er presisert i avsnitt 73 av dommen:

«When applying that criterion, it is not a question of determining whether the rights which the undertaking concerned was asserting when it brought its action actually existed or whether that action was well founded, but rather of determining whether such an action was intended to assert what that undertaking could, at that moment, reasonably consider to be its rights.»

Også her kan det reises spørsmål om hvor terskelen ligger med hensyn til hvor svakt søksmålet må være før erstatningsansvar utover sakskostnadene er aktuelt. Søksmålet vil altså først kunne være ansvarsbetingende dersom det var såpass svakt at det ikke med rimelighet kan oppfattes som et forsøk på håndhevelse av materielle rettigheter. Hvorvidt dette gir utrykk for en høyere eller lavere terskel enn formuleringen «helt uten utsikt til å føre frem» er det vanskelig å gi et klart svar på. Men dersom tersklene i utgangspunktet er ulike, er det under enhver omstendighet ikke tale om store forskjeller. Og hensynet til harmoni mellom regelsettene må her innebære at tersklene er sammenfallende.

Dersom det konstateres at søksmålet var såpass svakt at det ikke rimeligvis kan oppfattes som et forsøk på å håndheve materielle rettigheter, vil det første vilkåret være oppfylt. Temaet videre blir da om det andre kumulative vilkåret er oppfylt. Dette krever at søksmålet inngår som en del av en plan om å *eliminere konkurranse* (conceived in the framework of a plan

²³⁶ Se avsnitt 61 i dommen.

whose goal is to eliminate competition). For å anse søksmålet som misbruk av dominerende markedsposisjon kreves det dermed et *særskilt formål* bak søksmålet.

At formålet må ha vært å *eliminere konkurranse*, leder tanken i retningen av at hensikten med søksmålet må være at konkurrenten slås konkurs eller tvinges til å avvikles på annen måte. Men dette er nok en noe snever forståelse. En konkurrent må også anses for å være *eliminert* dersom den taper såpass stor markedsandel at den ikke lenger er noen reell konkurrent i det aktuelle markedet. Dette innebærer at vilkåret må anses for å være oppfylt dersom formålet med søksmålet er å svekke konkurrentens posisjon i markedet vesentlig. Her stilles det altså krav til omfanget av den skaden saksøker gjennom søksmålet forsøker å påføre saksøkte. Samtidig innebærer formuleringen at det ikke er nødvendig at saksøker faktisk påfører saksøkte et slik omfattende tap. Det er tilsynelatende tilstrekkelig at *formålet* med søksmålet er å gjøre det.

På dette punktet skiller normen seg fra den Høyesterett oppstilte i Roxar-saken. Erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader forutsetter ikke at søksmålet har til hensikt å eliminere konkurranse. Det forutsetter kun at saksøker skjønte at søksmålet var helt uten utsikt til å føre frem. Samtidig er det vanskelig å tenke seg at et søksmål parten vet ikke vil føre frem kan være anlagt av andre grunner enn å svekke konkurrenten. Ved denne typen søksmål mellom konkurrerende næringsdrivende vil trolig vilkårene for ansvar være oppfylt uavhengig av om man bygger på den spesielle EU-rettslige normen eller den generelle ansvarsnormen for ugrunnede søksmål. Anvendelse av det ene regelsettet vil trolig ikke føre til et annet resultat enn ved anvendelse av det andre. Selv om innfallsvinklene er noe ulike, må det derfor kunne antas at de innholdsmessig i stor grad vil overlappe hverandre.²³⁷ I motsatt fall vil de kunne anvendes som alternative grunnlag for erstatningskravet.

²³⁷ Slik også Irgens-Jensen og Østerud *Erstatning utover sakskostnadene for uberettiget søksmål – Rt. 2015 s. 385. s. 14.*

6. Erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for ugrunnet forsvar

6.1 Problemstillingen

Det som til nå har vært tematikken i avhandlingen har vært ansvar på *saksøkersiden* for tap utover sakskostnadene som *saksøkte* er påført som følge av et ugrunnet søksmål. I dette kapittelet vil jeg snu opp ned på dette. Temaet her er ansvar på *saksøktesiden*.

Problemstillingen er hvorvidt saksøkte kan pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for *ugrunnet forsvar*.²⁵⁹ Forutsetningen her er at saksøkers krav åpenbart vil føre frem, men at saksøkte bestrider kravet på uholdbart grunnlag.²⁶⁰ Spørsmålet er hva som kreves for at saksøkte kan bli ansvarlig for motpartens eventuelle tap utover sakskostnadene for å føre et ugrunnet forsvar.

På samme måte som erstatningsansvar for ugrunnede søksmål, er heller ikke erstatningsansvar for ugrunnet forsvar lovregulert. Flere steder i rettergangslovgivningen er imidlertid anleggelse av et ugrunnet søksmål likestilt med det å føre et ugrunnet forsvar. Et eksempel på dette er dl. § 202. Det følger av bestemmelsen at en part kan pådra seg erstatningsansvar overfor det offentlig samt rettergangsbøter dersom parten: «åpenbart uten grunn har anlagt søksmål eller latt det komme til søksmål». Heller ikke tvl. §§ 9-8 (1) eller 10-5 (3) synes å skille mellom situasjoner hvor det er søksmålet eller forsvaret mot det som er ugrunnet. Poenget i denne sammenhengen er altså hvordan bestemmelsen ikke sonderer mellom situasjoner hvor søksmålet er ugrunnet og der forsvaret er ugrunnet. Forskjellen er tilsynelatende ikke *rettslig relevant*. I utgangspunktet tilsier dette at ansvarsnormen må være den samme for ugrunnet forsvar som for ugrunnet søksmål.

²⁵⁹ Se Strandberg *Erstatning for uberettiget søksmål* s. 228.

²⁶⁰ Her må det understrekes at ansvar ikke kan knyttes utelukkende til det forhold at saksøkte er skyld i at det kommer til prosess. Dersom prosessen for eksempel skyldes at saksøkte er uten midler til å betale kravet slik at saksøker må få tvangsgrunnlag for kravet, er det ikke tale om et «ugrunnet forsvar». Se Bøhn *Domstoloven* kommentarutgave s.854.

Dette kan imidlertid ikke i seg selv være avgjørende for vårt spørsmål. Overføringsverdien av ansvarsnormen for ugrunnede søksmål til beslektede problemstillinger avhenger av hvorvidt hensynene som begrunner normen gjør seg gjeldende for den beslektede problemstillingen. Poenget er at selv om enkelte regler i norsk rett ikke sonderer mellom det å anlegge et ugrunnet søksmål og drive ugrunnet forsvar mot et søksmål, er det for enkelt uten videre å slutte av dette at terskelen for å pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader er den samme ved ugrunnet søksmål som ugrunnet forsvar. Temaet i det følgende er derfor å belyse hvorvidt den bærende begrunnelsen bak ansvarsnormen for ugrunnede søksmål også gjør seg gjeldende ved ansvar for ugrunnet forsvar. Problemstillingen er hvorvidt retten til domstolstilgang etter EMK artikkel 6 Grunnloven § 95 også aktualiseres ved erstatningsansvar utover sakskostnadene på saksøktensiden.

6.2 Er retten til å forsvare seg mot et søksmål omfattet av doktrinen om rett til domstolstilgang etter EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95?

Umiddelbart kan det virke noe anstrengt å hevde at et eventuelt erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for å drive ugrunnet forsvar kan komme i konflikt med *domstolstilgangen*. Forsvar mot et søksmål er nødvendigvis noe som skjer i forbindelse med en allerede verserende sak som er *initiert* av den andre parten. Samtidig argumenterte jeg i punkt 5.5 for at retten til domstolstilgang trolig må oppfattes som en rett til å håndheve sine materielle rettigheter for en domstol eller domstolslignende organ med kompetanse til endelig og bindende virkning avgjøre rettsspørsmålet. Forsvar mot et søksmål er også håndhevelse av materielle rettigheter. Hvis man mener at retten til domstolstilgang skal sikre retten til å realisere og håndheve rettighetene den materielle lovgivningen oppstiller, er en naturlig slutning at også erstatningsansvar utover sakskostnadene for å forsvare seg mot et søksmål står i et spenningsforhold med domstolstilgangen.

At retten til å forsvare seg mot et søksmål er beskyttet av doktrinen om rett til domstolstilgang finner også støtte i praksis fram EMD, for eksempel saken *Steel og Morris mot Storbritannia*.²⁶¹ Her hadde to demonstranter blitt saksøkt av McDonald's etter å ha delt ut en kritisk pamflett om fast-food kjeden. De saksøkte var ubemidlede og kravet fra McDonald's var betydelig. I tillegg var saken fra McDonald's sin side svært omfattende lagt opp slik at

²⁶¹ Steel and Morris v. The United Kingdom, Application no. 68416/01, Judgement of 15 February 2005.

hovedforhandlingen i High Court tok hele 313 rettsdager. Til tross for at saksøktes økonomiske stilling var svak og at saken var både omfattende og kompleks, var de ikke innvilget fri rettshjelp. Problemstillingen for EMD var – blant annet – hvorvidt dette representerte en krenkelse av de saksøktes *access to court*. Om dette uttalte domstolen:

*«The right of access to a court is not, however, absolute and may be subject to restrictions, provided that these pursue a legitimate aim and are proportionate. It may therefore be acceptable to impose conditions on the grant of legal aid based, inter alia, on the financial situation of the litigant or his or her prospects of success in the proceedings.»*²⁶²

Her er det verdt å merke seg at domstolen drøfter vilkår for fri rettshjelp på *saksøktensiden* under «fanen» *access to court*. Jeg oppfatter avsnittet slik at EMD i prinsippet åpner for at *saksøktes domstolstilgang* kan krenkes dersom vedkommende på bakgrunn av sakens konkrete omstendigheter ikke innvilges fri rettshjelp.²⁶³ Konstruksjonen er altså at domstolstilgang etter EMK artikkel 6 ikke bare krenkes ved urimelige hindringer knyttet til anleggelsen av et søksmål. Den kan også krenkes hvor det ikke i tilstrekkelig grad legges til rette for at saksøkte kan *forsvare seg* mot kravet som rettes mot vedkommende. Det sentrale i denne sammenhengen er dermed at retten til domstolstilgang også aktualiseres dersom det oppstilles urimelige hindringer knyttet til utøvelse av forsvar mot et søksmål. Når det er tilfelle, må det under enhver omstendighet kreves noe særskilt for å pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for å forsvare seg mot et søksmål.

At en tilsvarende streng ansvarsnorm også må gjelde ved ansvar for ugrunnet forsvar, finner også støtte i en annen side ved EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95 enn retten til domstolstilgang. Som nevnt retter disse bestemmelsene seg primært mot å sikre en *rettferdig rettergang*, både i sivile saker og straffesaker. Som fremhevet flere ganger, både av EMD og Høyesterett, er retten til kontradiksjon en grunnleggende forutsetning for å oppnå dette.²⁶⁴ På samme måte som det ikke er tilstrekkelig med formell domstolstilgang for å oppfylle kravene etter EMK artikkel 6, er det heller ikke tilstrekkelig med formell rett på kontradiksjon. Retten

²⁶² Avsnitt 62 i dommen.

²⁶³ I samme retning Aall *Rettsstat og Menneskerettigheter* s. 431

²⁶⁴ Se for eksempel Rt. 2016 s. 592 (avsnitt 12). Se også saken *Waltson v. Norway*, Application no. 37372/97. Judgement of 3 June 2003.

til kontradiksjon må være *effektiv*. Eventuelt erstatningsansvar utover sakskostnadene må ta høyde for dette. Retten til kontradiksjon etter EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95 tilsier dermed en streng ansvarsnorm for ugrunnet forsvar.

I tillegg må det legges vekt på at selve normbruddet ved et ugrunnet søksmål og ugrunnet forsvar er av lik karakter. I begge tilfeller er det tale om å ta i bruk domstolssystemet for å realisere andre formål enn å håndheve materielle rettigheter. Forskjellen mellom de to tilfellene ligger primært i hvem av partene som *formelt sett* initierer prosessen. Men i begge tilfeller er det den parten som argumenterer for det ugrunnede alternativet som *reelt sett* initierer prosessen. Videre må det fremheves at det ofte kan være nokså tilfeldig hvem som ender på henholdsvis saksøker/saksøkte-siden i et søksmål. En av partene vil for eksempel kunne motregne et krav og med det velte søksmålsbyrden over på motparten.

Dommen inntatt i HR-2016-296-A (Fellesforbundet for Sjøfolk) kan også tas til inntekt for at det generelt sett gjelder den samme ansvarsnormen både for ugrunnede søksmål og ugrunnet forsvar. Saken gjaldt spørsmål om staten var ansvarlig de utgiftene Fellesforbundet for Sjøfolk hadde hatt til rettslig prøving av oppsigelse for et av sine medlemmer. Fellesforbundet for Sjøfolk hadde her opptrådt som partshjelper for den oppsagte sjømannen. Sjømannen hevdet at en regel i den tidligere sjømannsloven hvor stillingsvernet for sjømenn opphørte ved fylte 62 år var aldersdiskriminerende og at oppsigelsen derfor var ugyldig. Sjømannen tapte i utgangspunktet saken om gyldigheten av oppsigelsen.²⁶⁵ Saken ble anket videre til EMD, hvor den ble avvist. Saken ble imidlertid også anket til Europarådet hvor den ble realitetsbehandlet av den Europeiske sosialrettkomiteen. Der ble det konkludert med at den norske regelen saken gjaldt var i strid med Sosialpakten artikkel 1 § 2 og artikkel 24. I mellomtiden hadde imidlertid regelen blitt endret, slik at stillingsvernet ikke opphørte før fylte 70 år.

Sosialrettkomiteen måtte dermed nøye seg med å konstatere at oppsigelsen i utgangspunktet hadde representert en aldersdiskriminering. Fellesforbundet for sjøfolk krevde erstatning for de omkostningene de hadde hatt i forbindelse både med prosessen i Norge og klagen til de internasjonale organene. Det ble gjort gjeldende at staten hadde ført et uberettiget forsvar og derfor var ansvarlig for tapet. Kravet førte imidlertid ikke frem da det ble lagt avgjørende vekt på at terskelen for å pådra seg erstatningsansvar for å forsvare seg rettslig, må være svært høy.

²⁶⁵ Se Rt. 2010 s. 202 (Kystlink).

Etter å ha sitert ansvarsnormen oppstilt i Roxar-dommen tok førstvoterende følgende utgangspunkt:

«Det sier seg da selv at det bare i helt ekstraordinære tilfeller kan være aktuelt at en part kan pådra seg erstatningsansvar ved å forsvare seg mot krav som fremmes ved søksmål.»²⁶⁶

Det siterte retter seg mot ugrunnet forsvar helt generelt, og er ikke begrenset til situasjoner hvor staten er saksøkt. Ansvar er kun aktuelt i «ekstraordinære tilfeller». Her kan man merke seg er normen for å komme i ansvar for ugrunnet forsvar tilsynelatende er en annen enn for ugrunnet søksmål. Mens det for ugrunnet søksmål er et krav om at søksmålet er «misbrukstilfelle», er normen for ugrunnet forsvar tilsynelatende at det er tale om et «ekstraordinært tilfelle». Riktignok medfører ikke nødvendigvis dette noen realitetsforskjell. Et «misbrukstilfelle» vil typisk være et «ekstraordinært tilfelle» og visa verca. Samtidig synes formuleringen «ekstraordinært tilfelle» å åpne opp for noe bredere vurdering enn hva som er tilfelle dersom spørsmålet er om det foreligger et «misbrukstilfelle». Meningsinnholdet i formuleringen «ekstraordinære tilfeller» blir imidlertid noe tydeligere dersom det leses i sammenheng med neste avsnitt (avsnitt 87) i dommen. Her uttaler førstvoterende at:

«Enkelte av de hensyn som tilsier en slik begrensning av muligheten for å kreve erstatning for søksmål som ikke burde vært anlagt, slår ikke til med samme tyngde når det gjelder statens opptreden for domstolene og for ulike internasjonale institusjoner, men jeg legger til grunn at det heller ikke vil være aktuelt at staten skal kunne pådra seg et erstatningsansvar med mindre det må konstateres misbruk av rettsvesenet.»²⁶⁷

Drøftelsen retter knytter seg direkte til tilfeller som gjelder «statens opptreden for domstolene og for ulike internasjonale institusjoner», og omfatter slik sett situasjonen både der staten opptrer som saksøker og saksøkt. Her kan man feste seg ved førstvoterendes presisering at det heller ikke for staten er aktuelt med ansvar utover sakskostnadene – både for ugrunnet søksmål og ugrunnet forsvar – med mindre det kan konstateres misbruk av domstolssystemet. Selv om det ikke uttales eksplisitt synes tematikken i avsnittet derfor å være hvorvidt det skal gjelde en *lavere* ansvarsterskel for staten enn for private parter, slik at staten lettere vil pådra

²⁶⁶ Se avsnitt 86 i dommen.

²⁶⁷ Se avsnitt 87 i dommen.

seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for sin «opptreden» for domstolene enn de private parter vil. Men ettersom Høyesterett konkluderte med at det også for staten må kreves misbruk – også for ugrunnet forsvar – kan det sluttet at dette også må kreves for private parter.

Denne gjennomgangen av rettskildematerialet har synliggjort at både norsk prosesslovgivning samt praksis fra EMD og Høyesterett forutsetter at det ikke er noen prinsipiell forskjell på å anlegge et ugrunnet søksmål og føre et ugrunnet forsvar. Også her må ansvarsnormen balansere retten til domstolstilgang på den ene siden mot retten til vern om siden formuesgoder på den andre. At situasjonene er såpass parallelle får dermed avgjørende betydning med hensyn til hvilken ansvarsnorm som gjelder for ugrunnet forsvar mot et åpenbart holdbart søksmål. Også her må det derfor kreves at forsvaret mot søksmålet kan anses som misbruk av retten til domstolstilgang. Misbruk vil i denne relasjonen foreligge dersom *forsvaret* er helt uten utsikt til å føre frem, og parten skjønner at det er slik.

7. Erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for ugrunnet anke

7.1 Problemstillingen

Til nå har avhandlingen fortrinnsvis omhandlet erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for tap som er påført som følge av at søksmålet eller forsvar mot søksmålet har vært ugrunnet. Situasjonen har imidlertid vært begrenset til behandlingen i første instans. I det følgende vil jeg se nærmere på hva som skal til for å pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for *ugrunnet anke*. Her forutsetter jeg at saken for tingretten i det minste fremstod prosedabel, slik at det ikke vil være aktuelt med erstatningsansvar utover sakskostnadene for tap inntrådt før dette. I tingretten faller imidlertid saken fullstendig sammen og det blir åpenbart at saksøkers krav ikke kan føre frem. Til tross for at tingrettens behandling synliggjorde at kravet var uholdbart, velger parten likevel å anke saken til lagmannsretten. Spørsmålet er hva som kreves for at den ankende part skal pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader som følge av ankebehandlingen.

7.2 Nærmere om anke

Å anke en rettslig avgjørelse innebærer at man i håp om å oppnå et bedre resultat ber en overordnet instans vurdere det samme spørsmålet som den underordnede instansen allerede har gjort.²⁶⁸ I Norge er det lagmannsretten som er den ordinære ankedomstolen for avgjørelser avsagt av tingretten, jf. tvl. § 29-1. Avgjørelser fra lagmannsretten kan ankes til Høyesterett.²⁶⁹ Men Høyesterett har beveget seg i retning av å være en prejudikatdomstol og er ingen ordinær ankedomstol.²⁷⁰ Det er primært opp til tingretten og lagmannsretten og sørge for riktig resultat i den konkrete saken. Det må foreligge særlige grunner for å få behandlet saken i Høyesterett.²⁷¹

²⁶⁸ På visse vilkår kan det også fremsettes krav for lagmannsretten som ikke har vært behandlet i tingretten, se tvl. § 29-4 (4).

²⁶⁹ Etter tvl. § 30-2 er det også en snever adgang til å anke saker direkte fra tingretten til Høyesterett. Denne bestemmelsen er imidlertid lite anvendt i praksis, se Schei mfl *Tvisteloven kommentarutgave*, s. 1073.

²⁷⁰ Se om denne utviklingen Jørn Øyrehagen Sunde *Høyesteretts historie 1965-2015*, Bergen 2015.

²⁷¹ Se tvl. § 30-4 (1). Se videre Skoghøy *Tvisteløsning* s. 1165.

Det følger av i tvl. § 29-2 (1) at «dommer, kjennelser og beslutninger kan ankes». Dette indikerer at man i sivile saker har krav på behandling av saken i to instanser. Det er imidlertid såpass mange unntak fra ankeretten, at det i praksis er vanskelig å hevde at *hovedregelen* i sivile saker er at man har rett på to-instansbehandling.²⁷³ Systematisk skilles det mellom regler om anketillatelse og ankesiling.²⁷⁴ Ved regelsettet som gjelder *anketillatelse* er ankeadgangen i utgangspunktet begrenset slik at anken krever særskilt tillatelse. Tv. § 29-13 (1) er et eksempel på en slik regel: Dersom tvistesummen er lavere enn kr. 125 000,- skal anken i utgangspunktet ikke tillates fremmet. Men samtykke til ankebehandling kan gis på bakgrunn av en helhetsvurdering. Ved anvendelse av regelsettet som gjelder *ankenektelse* er utgangspunktet det motsatte: Saken kan i utgangspunktet ankes, men spørsmålet er om det skal gjøres unntak fra dette. Et eksempel på dette finner vi i tvl. § 29-13 (2). Som nevnt under 5.6.1 følger det av bestemmelsen at lagmannsretten skal nekte anken fremmet dersom den «finner det klart at anken ikke vil føre frem».

I vår sammenheng er denne regelen sentral ettersom den innebærer at materielt uholdbare anker i utgangspunktet ikke skal gis fullstendig realitetsbehandling. Ugrunnede anker skal dermed egentlig stanses allerede her. På samme måte som tvl. § 9-8 (1) er ment som en mekanisme for håndteringen av ugrunnede søksmål, er tvl. § 29-13 (2) er ment som en «barrikade» mot ugrunnede anker. Hensynet bak bestemmelsen er å unngå unødig bruk av ressurser på håpløse anker. Tvistemålsutvalget skriver om bestemmelsen:

*«Det er behov for å stoppe slike anker før ytterligere, og betydelige, saksomkostninger for partene og omkostninger for rettsapparatet er pådratt. En adgang til å nekte anker som klart ikke kan føre frem, vil i lagmannsretten utgjøre en parallell til den adgang det i tingretten er til å avgjøre saken etter forenklet domsbehandling.»*²⁷⁵

I praksis innebærer reglene om ankenektelse og ankesiling at en part ofte vil få behandlet saken sin bare i én instans. I forarbeidene til menneskerettighetskatalogen blir imidlertid

²⁷³ Selv om ankeadgangen er videre i straffeprosessen enn i sivilprosessen, har siktede i straffesaker heller ingen ubetinget rett på fullstendig behandling av skyldspørsmålet i to instanser, se strpl. § 321

²⁷⁴ Se Skoghøy *Tvisteløsning* s. 1145.

²⁷⁵ Se NOU 2001:32 Bind B s. 778.

«retten til å anke» fremhevet som en av de sentrale elementene i en rettferdig rettergang.²⁷⁶ Fra et rettsikkerhetsperspektiv er derfor ikke begrensninger i ankeretten uproblematisk, og innstrammingene i ankeadgangen som ble innført ved tvisteloven var kontroversielle.²⁷⁷ For å avdempe disse problemene, er terskelen for å avvise en anke på dette grunnlaget høy. Vilåret «klart at anken ikke vil føre frem» er strengt og det må være fullt forsvarlig å nekte anken fremmet.²⁷⁸ Dette innebærer at selv om saken kan ha blitt godt opplyst i tingretten, vil det ikke nødvendigvis være enkelt for lagmannsretten å konkludere med at saken «klart ikke vil føre frem».²⁷⁹ Dette gjelder særlig der utfallet av saken beror på omfattende umiddelbar bevisførsel.²⁸⁰ Poenget er at bestemmelsen derfor ikke alltid er effektiv med hensyn til å sile ut håpløse anker. Fra tid til annen vil det nødvendigvis fremmes anker uten utsikt til å føre frem. Og dersom parten som følge av dette påføres et økonomisk tap utover sakskostnadene, vil det også her være behov et erstatningsansvar som kan supplere sakskostnadsansvaret. Temaet videre er hvilke materielle vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge ansvarsgrunnlag for et slikt krav.

7.3 Misbruk av ankeretten

Som nevnt flere steder i denne avhandlingen vil overføringsverdien av ansvarsnormen oppstilt i Roxar-saken avhenge av hvorvidt begrunnelsen for den gjør seg gjeldende for den beslektede problemstillingen. I det følgende vil jeg derfor se nærmere på i hvilken grad erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for ugrunnet anke berører retten på domstolstilgang.

I denne vurderingen må det fremheves at EMK artikkel 6 ikke garanterer ankerett: I prinsippet står medlemsstatene fritt til å operere kun med en domstolsinstans. Men dersom det åpnes for ankebehandling, må denne være i samsvar med kravene konvensjonen stiller til rettferdig rettergang.²⁸¹ Dette følger for eksempel av saken Tolstoy Miloslavsky mot Storbritannia.²⁸²

²⁷⁶ Se DOK 16 s. 118.

²⁷⁷ Se Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 1039.

²⁷⁸ Rt 2009 s. 1118 (avsnitt 46-47).

²⁷⁹ Se Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 1039.

²⁸⁰ Se Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 1040.

²⁸¹ Se Ravlo *Access to court* s. 162.

²⁸² Tolstoy Miloslavsky v. United Kingdom. Application no. 18139/91. Judgement of 13.July 1995.

Saksøkte var i første instans dømt til å betale erstatning for ærekrenkelser. For å anke saken ble det krevd at han i løpet av 14 dager stilte betydelig sikkerhet for eventuelle sakskostnader, noe han ikke hadde midler til. Klageren hevdet at dette var en krenkelse av hans rett på domstolstilgang etter EMK artikkel 6. Dette var imidlertid ikke domstolen enig i og uttalte at:

*«It follows from established case-law that Article 6 para. 1 (art. 6-1) does not guarantee a right of appeal.»*²⁸³

Likevel ble det påpekt hvordan urimelige hindringer knyttet til utøvelse av ankeretten *etter omstendighetene* kunne representere en krenkelse av retten til domstolstilgang. Hvorvidt det var tilfelle, måtte imidlertid bero på en totalvurdering av prosessen. Som domstolen uttaler: «The entirety of the proceedings must be taken into account.»²⁸⁴ Spørsmålet om hvorvidt en part har hatt *access to court* beror derfor ikke på en isolert vurdering av om vedkommende har hatt mulighet til å anke eller ikke. Har saken vært forsvarlig behandlet i en instans, vil parten i utgangspunktet ha hatt *access to court* selv om anken nektes fremmet.

For vår problemstilling er dette et sentralt poeng. Når retten til domstolstilgang ikke uten videre gir rett til å anke, veier ikke hensynet til domstolstilgang nødvendigvis like tungt ved spørsmål om erstatningsansvar for ugrunnet anke som for ugrunnet søksmål. Dette tilsier at ansvarsnormen ikke trenger å være like streng for ugrunnede anker som for ugrunnet søksmål. Ettersom et slikt ansvar ikke nødvendigvis kommer i konflikt med EMK artikkel 6 eller Grunnloven § 95, kunne man for ugrunnede anker for eksempel bygget på et uaktsomhetsansvar etter mønster av hva som gjelder for styremedlemmers erstatningsansvar for selskapets sakskostnader. Et slikt system hvor ansvarsnormen nyanseres etter hvorvidt tapet relaterer seg til behandling i første eller annen instans, vil etter min oppfatning klart være forenelig med kravet til effektiv domstolstilgang etter EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95. Poenget er at disse bestemmelsene ikke i seg selv er til hinder for å operere med en mildere ansvarsnorm for ugrunnede anker enn ugrunnede søksmål.

At EMK artikkel 6 ikke garanterer ankerett i sivile saker kan imidlertid ikke uten videre være avgjørende for vår problemstilling. Muligheten til å anke avgjørelser er en integrert og viktig

²⁸³ Avsnitt 59 i dommen.

²⁸⁴ Se avsnitt 63 i dommen.

del av den overordnede retten til å håndheve materielle rettigheter. Dette gjelder uavhengig av om ankerett i seg selv er beskyttet av EMK artikkel 6 eller ikke. Ankeretten er en forlengelse av retten til å anlegge søksmål. Derfor er det noe kunstig å skulle trekke et prinsipielt skille mellom det å anlegge et ugrunnet søksmål og en ugrunnet anke. Dette synliggjøres ved at flere av de samme *hensynene* som begrunner den strenge ansvarsnormen for ugrunnede søksmål også gjør seg gjeldende ved spørsmål om erstatningsansvar for ugrunnede anker. Særlig sentralt er det hensynet førstvoterende trekker frem avsnitt 30 av Roxar-dommen. Her påpekes det at et potensielt erstatningsansvar utover sakskostnadene vil kunne medføre tilbakeholdenhet med å fremme krav for domstolene, slik at også berettigede krav vil kunne bli skadelidne. Dette gjelder også ved anke.²⁸⁷ Et potensielt erstatningsansvar utover sakskostnadene vil kunne medføre at saker som burde vært anket, ikke blir det. Dette poenget er også fremhevet av Hålogaland lagmannsrett i saken ND-2008-212.²⁸⁸ Her hadde et fiskeriselskap gått konkurs og båtene i selskapet ble lagt ut på tvangssalg. Det kom etter hvert inn bud på båtene og tingretten avsa kjennelse med stadfestelse av budet og etter hvert kjennelse om fordeling av kjøpesummen til kreditorene. Disse kjennelsene ble imidlertid anket av skylderne. Etter at ankebehandlingen hadde vært utsatt to ganger, ble imidlertid ankene trukket. Som følge av at tvangssalgprosessen trakk ut i tid gikk kjøperen av båten glipp av muligheten til å fiske i et lengere tidsrom, noe som påførte vedkommende tap. Det ble hevdet at den eneste grunnen til ankene var å hindre kjøperen av båten å delta i fisket. Kjøperen av båten krevde derfor erstatning av skylderne for å ha trenert tvangssalgprosessen ved å anke tingrettens kjennelser. Spørsmålet var om det forelå ansvarsgrunnlag for kravet. Lagmannsretten uttalte at:

«Den som ikke vinner frem med et søksmål eller anke vil gjennomgående ha feilvurdert sin rettslige stilling, men det vil føre for langt om enhver uaktsomhet i så henseende skal danne grunnlag for et erstatningskrav for motparten. Det vil i så fall kunne være til hinder for at legitime innsigelser fremmes i frykt for å pådra seg erstatningsansvar, for eksempel dersom privatpersoner har innsigelser mot større byggeprosjekt og lignende.»

Det siterte synliggjør et sentralt poeng: Dersom parten risikerer et stort og uoversiktlig erstatningsansvar ved å benytte seg av ankeretten, vil det kunne føre til at den materielle

²⁸⁷ Slik også Strandberg *Erstatning for uberettiget søksmål* s. 227.

²⁸⁸ Saken gjaldt riktignok anke over kjennelser.

retten ikke får gjennomslag i praksis. Dette er tungt argument i favør av at anken må være et *misbrukstilfelle* for den skal kunne ansvarsbetingende, utover sakskostnadsansvaret.

Samlet sett må det i vurderingen av hvilken ansvarsnorm som skal gjelde for ugrunnede anker legges noe vekt på at ankeretten i seg selv ikke er beskyttet av EMK artikkel 6 eller Grunnloven § 95. Etter min oppfatning må det imidlertid legges avgjørende vekt på den nære sammenhengen det er mellom det å anlegge et søksmål og anke over dommen avsagt i første instans. I begge tilfeller er det tale om å håndheve materielle rettigheter og i begge tilfeller vil berettigede krav kunne bli skadelidne om ansvarsnormen for å pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader ikke er tilstrekkelig streng. Å skulle skille mellom tilfeller av ugrunnet søksmål og ugrunnet anke vil være å oppstille et kunstig skille mellom selve søksmålet og det som er fortsettelse av det. På bakgrunn av dette er jeg av den oppfatningen at ansvarsnormen for ugrunnede anker må være den samme som for ugrunnede søksmål. For spørsmål om det foreligger ansvarsgrunnlag for et erstatningskrav som springer ut av en ugrunnet anke, vil dermed temaet være hvorvidt anken kan anses som misbruk av ankeretten. Det vil normalt være misbruk av ankeretten dersom anken her helt uten utsikt til å føre frem og parten skjønner at det er slik.

8. Erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for ugrunnede prosesshandlinger

8.1 Problemstillingen

I avhandlingens siste kapittel, vil jeg se nærmere på erstatningsansvar for ugrunnede prosesshandlinger. Forutsetningen her er at både søksmålet og saksøkers innsigelser mot det i og for seg er velgrunnede. Men underveis i prosessen foretar partene en eller flere ugrunnede prosesshandlinger. Problemstillingen her er om, og eventuelt på hvilke vilkår, parten som foretar slike ugrunnede prosesshandlinger kan ilegges erstatningsansvar for tap utover sakskostnadene motparten påføres som følge av prosesshandlingen(e).

8.2 Nærmere om ugrunnede prosesshandlinger

Begrepet «prosesshandlinger» benyttes flere forskjellige steder i tvisteloven, men er ikke legaldefinert. For eksempel følger det av tvl. § 3-4 (1) at «Prosessfullmektigen kan foreta alle prosesshandlinger på vegne av sin part», mens etter tvl. § 9-6 (2) må parten «sette fram innsigelser mot prosesshandlinger så snart parten har mulighet for det». I teorien er det antatt at begrepet «prosesshandlinger» er synonymt «rettergangsskritt». En «prosesshandling» er dermed alle former for disposisjoner knyttet til søksmålet og omfatter både uttak av stevning og anke.²⁸⁹ Ettersom jeg har behandlet disse prosesshandlingene tidligere i avhandlingen, avgrenser jeg her mot disse.

Ugrunnede prosesshandlinger kan komme i mange former og kan grovt sett deles inn i tilfeller av *vidløftiggjøring* eller *trenering*. Med *vidløftiggjøring* sikter jeg til situasjoner hvor en sak legges opp unødig omfattende. Vidløftiggjøring kan relatere seg både til jussen og faktum i saken. Parten legger for eksempel opp til bevisføring omkring faktum som ikke er relevante for kravet eller baserer kravet på rettskilder som det ikke hadde vært nødvendig å vise til. Saken får da et større omfang enn nødvendig. Ved *trenering* foretar parten prosesshandlinger i den hensikt å forsinke fremdriften i saken. Dette kan for eksempel skje ved at en part kommer med ulike bevisprovokasjoner, habilitetsinnsigelser osv. utelukkende i den hensikt å forsinke fremdriften i saken. Utførelsen av prosesshandlingen(e) innebærer at

²⁸⁹ Se Skoghøy *Tvisteløsning* s. 247. Se også Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 312.

det tar lenger tid å få avgjort realiteten i saken enn det som hadde vært nødvendig. Det er imidlertid en glidende overgang mellom vidløftiggjøring og trenering: Saken kan vidløftiggjøres i den hensikt å trenere den.

Det er bestemmelser i rettergangslovgivningen som har ugrunnede prosesshandlinger for øye. Den viktigste i denne sammenhengen er tvl. § 20-4 bokstav c. Bestemmelsen fastslår at parten helt eller delvis kan tilkjennes sakskostnader uavhengig av sakens utfall «i den utstrekning kostnadene skyldes motpartens forsømmelser». I Rt. 2013 s. 338 uttalte Høyesterett at bestemmelsen tar «særlig sikte på merkostnader som skyldes kritikkverdige prosesshandlinger eller unnlatelser under sakens gang eller forsømmelse av plikter man har før sak reises, jf. tvisteloven kapittel 5». Skyldkravet for å anvende bestemmelsen er vanlig uaktsomhet, noe som er en oppmykning sammenlignet med forløperen tvistemålsloven § 177, se Rt. 2009 s. 380.²⁹⁰ Men bestemmelsen hjemler altså bare erstatning for ekstra *sakskostnader* parten påføres som følge av den eller de ugrunnede prosesshandlingene. Noen ganger vil imidlertid parten påføres et økonomisk tap utover sakskostnadene som følge av at prosessen trekker unødig lenge ut. Det illustrerer for så vidt den nevnte saken ND-2008-212 hvor kjøper av båt på tvangssalg ble påført et tap som følge av anker over tingrettens kjennelser om stadfestelse av bud og fordeling av kjøpesum. Erstatning for dette tapet kan ikke tilkjennes på grunnlag av regelen i tvl. § 20-4 bokstav c, og må forfølges på ulovfestet grunnlag.

En annen relevant bestemmelse i denne sammenhengen er dl. § 202. I henhold til denne kan «en part, partshjelper, stedfortreder, prosessfullmektig, stedfortreder eller rettslig medhjelper» ilegges rettergangsbot. Vilkåret for dette er at vedkommende «unødig vidløftiggjør saken, eller når han ved falske eller åpenbart intetsigende påstander eller påskudd eller ved annen uredelighet har søkt å hindre sakens rette opplysning eller å trekke den utilbørlig i langdrag». Tematisk regulerer dermed også denne bestemmelsen ugrunnede prosesshandlinger, men som nevnt gir den bare hjemmel til å idømme rettergangsbot, ikke erstatning.²⁹¹

Både tvl. § 20-4 bokstav c og dl. § 202 er dermed *sanksjonsmekanismer*: De gir hjemmel til å reagere retrospektivt mot ugrunnede prosesshandlinger. Likevel er de viktigste reglene for å unngå dette reglene i tvisteloven om dommerens plikt til å drive aktiv saksstyring. Retten skal

²⁹⁰ Se videre Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave* s. 719.

²⁹¹ Se nærmere om bestemmelsen i Andreassen [Skoghøy] *Rettergangsstraff* s. 59 flg.

proaktivt hindre at saken ikke blir vidløftiggjort eller trenert. Særlig når det gjelder vidløftiggjøring har retten en rekke verktøy for å hindre dette. Som nevnt kan retten etter begjæring fra en av partene etter tvl. § 9-8 (1) beslutte forenklet domsbehandling for et eller flere krav i saken. Og dersom saken går til hovedforhandling skal retten sørge for at denne foregår uten «unødig tidsspille». Dette skal retten gjøre gjennom blant annet å nekte forhandlinger om «forhold som er uten betydning for saken» og «unødige gjentakelser» mv, jf. tvl. § 9-13 (2). Retten skal også nekte unødvendig/uforholdsmessig bevisføring, jf. tvl. § 21-7 og § 21-8 (2). Med egne grep kan dermed retten sørge for at saken ikke vidløftiggjøres, selv om partene prøver på dette. Disse pliktene springer ut av tvistelovens overordnede målsetting om rask og effektiv gjennomføring av rettstvister, se tvl. § 1-1 (1).

Men hensyn til *trenering* inneholder også tvisteloven regler som skal sikre god fremdrift i saken. For eksempel plikter retten i samråd med partene etter tvl. § 9-4 (2) å legge en plan for den videre fremdriften av saken etter at tilsvar er inngitt. Videre inneholder lovens kapittel 16 regler som skal gi dommeren verktøy til å sikre god fremdrift i saken. Likevel er det nok vanskeligere for retten å hindre at partene foretar prosesshandlinger som trenerer saken enn vidløftiggjør den. I tillegg er trolig tapspotensialet større i disse tilfellene. Saken RG-2009-913, som gjaldt styreleders ansvars for selskapets sakskostnader, er illustrerende. Her hadde saksøkte vært fast bestemt mot å motarbeide saksøkers åpenbart holdbare krav og hadde uttalt noe i retning av at saksøker «ville de få en fight de ikke ville glemme» dersom de tok ut søksmål. For å trenere saken nektet blant annet parten å akseptere forkynnelse av stevning og instruerte advokaten sin til heller ikke å gjøre det. Dette forsinket saken med rundt et år. Da saken omsider kom i gang, fremmet saksøkte begjæring om at saksøkers prosessfullmektig skulle fratre. Han fikk verken medhold i tingretten, lagmannsretten eller Høyesterett, men begjæringen forsinket sakens fremdrift med rundt et halvt år. I tillegg ble det fremmet et svært betydelig motkrav som lagmannsretten mente var fremmet for å tvinge saksøker til å trekke hovedsøksmålet. Poenget er at dette er en prosessadferd retten i liten grad har herredømme over. Riktignok vil motparten her få erstatning for de økte sakskostnadene treningen medfører. Men tapspotensialet vil i slike tilfeller ikke være begrenset til sakskostnadene. For eksempel kan det tenkes at saksøker har likviditetsproblemer. Som følge av at saken blir trenert kommer dermed saksøker i betalingsmislighold overfor sine kreditorer og må betale forsinkelsesrenter. Dette tapet vil ikke kunne kreves dekket gjennom reglene om sakskostnader. Rettergangsbøter kommer heller ikke skadelidte til gode. Spørsmålet er

dermed om det på ulovfestet grunnlag kan oppstilles et ansvarsgrunnlag i tilfeller hvor en part gjennom ugrunnede prosesshandlinger påfører motparten tap utover sakskostnadene.

8.3 Erstatning utover sakskostnadene for ugrunnede prosesshandlinger

Som nevnt favner selve begrepet «prosesshandlinger» svært vidt. Noen har nær sammenheng med håndhevelsen av det eller de krav saken gjelder, mens andre vil ha løsere tilknytning til det underliggende tvistetemaet i saken. Videre kommer det at enkelte faktiske handlinger foretatt under rettergangen ikke nødvendigvis er naturlig å karakterisere som en prosesshandling selv om den har betydning for prosessen. I tillegg vil trenering kunne skje gjennom unnlatelser. Poenget er at både vidløftiggjøring og trenering av saken kan skje på en rekke ulike måter. Dette må man ha for øye ved spørsmål om erstatningsansvar utover sakskostnadene og poenget er at det ikke er gitt at tilfellene i erstatningsrettslig sammenheng skal bedømmes likt. Jeg mener derfor at det er hensiktsmessig å nyansere spørsmålet etter hvilken handling eller unnlatelse det er tale om at kan utgjøre ansvarsgrunnlaget. Slik jeg ser det, har det betydning hvorvidt den aktuelle handlingen *i utgangspunktet* anerkjennes av rettergangslovgivningen som et legitimt virkemiddel i prosessen. Da er man i så fall innenfor rammen av de spillereglene rettergangslovgivningen oppstiller. Det må kreves noe særskilt for å pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for å ta i bruk de virkemidlene rettergangslovgivningen tilbyr under prosessen. Men dersom man opererer utenfor denne rammen er det ikke gitt at parten skal kunne påberope seg den «beskyttelsen» som ligger i at handlingen er foretatt i prosess. Jeg vil utdype dette nærmere i det følgende.

Med prosessadferd som er utenfor rettergangens «spilleregler» sikter jeg i første rekke til situasjoner hvor parten «setter seg på bakbeina» og nekter å medvirke til sakens fremdrift eller opplysning på en måte rettergangslovgivningen under enhver omstendighet ikke anerkjenner. Her kan det for eksempel tenkes at den ene parten provoserer fremlagt bevis fra motparten. Bevisene er såpass avgjørende av det er meningsløst å gjennomføre hovedforhandlingen uten at disse fremlegges. Retten treffer så kjennelse om at bevisene skal legges frem, men parten nekter å etterkomme denne. Til slutt må dermed retten treffe ny kjennelse om at kjennelsen om bevistilgangen skal tvangsfullbyrdes, jf. tvl. § 26-8 (1). Tvangsfullbyrdelse kan imidlertid være en omstendelig prosess og det er ikke gitt at namsmannen har ressurser til å utføre den raskt, særlig dersom det ikke er noe som tilsier at parten kommer til å ødelegge bevisene. Som følge av partens vegring mot å etterkomme

bevisbegjæringen trekker saken ut. En annen situasjon som kan tenkes er at parten krever hovedforhandlingen omberammet og lykkes med å overbevise retten om at han har gyldig fravær, selv om vilkårene for dette egentlig ikke var oppfylt. Spørsmålet her er hva som skal til for at det skal foreligge ansvarsgrunnlag for kravet i et slikt tilfelle.

Også her tar jeg utgangspunkt i ansvarsnormen Høyesterett har oppstilt for å pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for ugrunnet søksmål. For sammenhengens skyld minner jeg om at det kreves at søksmålet må anses som et *misbrukstilfelle*. Vilåret vil normalt være oppfylt dersom søksmålet var helt uten utsikt til å føre frem og parten skjønnte dette. Ser man først på selve formuleringen av ansvarsnormen fra Roxar-saken passer denne tilsynelatende dårlig på vårt tilfelle. Her er det snakk om unnlatelse av å medvirke til sakens fremdrift. Utsiktene dette hadde til å «føre frem» og partens kunnskap om dette vil ikke være et tema. Dette innebærer at ansvarsnormen knyttet til ugrunnede søksmål *rent språklig* er lite overførbart til vårt tilfelle. I tillegg kommer det at slik prosessadferd uansett ikke kan karakteriseres som *misbruk* av noen rettighet. Som nevnt under 5.4 forutsetter rettsmisbruk utøvelse av en rettighet som i utgangspunktet tilfaller vedkommende. Parter i sivile saker har aldri rett til for eksempel ikke å etterkomme rettens kjennelse om bevistilgang.

Videre slår heller ikke begrunnelsen bak ansvarsnormen til her. Begrunnelsen for at Høyesterett oppstilte en såpass streng ansvarsnorm for ugrunnede søksmål var som nevnt å sikre effektiv domstolstilgang etter EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95. Hensynet til effektiv domstolstilgang aktualiseres imidlertid ikke til ved dette typetilfellet. Slik jeg ser det, innebærer kombinasjonen av disse to momentene at det er behov for en annen tilnærming enn det Høyesterett valgte i Roxar-saken for situasjoner der parten trenerer saken ved bruk av virkemidler rettergangslovgivning *i utgangspunktet ikke anerkjenner*. Denne problemstillingen kan man ikke tilnærme seg gjennom et spørsmål om den aktuelle prosessadferden er et misbrukstilfelle. Etter min oppfatning må man derfor for disse tilfellene falle tilbake til utgangspunktet for saker som gjelder erstatning for rene formuestap. Problemstillingen i slike tilfeller blir dermed om skadevolder gjennom sin adferd i prosessen har handlet rettstridig overfor skadelidte.²⁹²

²⁹² Se Hagstrøm/Stenvik *Erstatningsrett* s. 121.

I den andre kategorien kommer tilfeller hvor parten benytter seg av det som i utgangspunktet er legitime prosessuelle virkemidler, men hvor disse tas i bruk på illegitim måte. Her sikter jeg for eksempel til situasjoner hvor parten underveis i prosessen stadig anker over ulike prosessledende kjennelser og beslutninger eller fremmer begjæringer om at for eksempel motpartens prosessfullmektig må fratre.²⁹³ Utførelsen av prosesshandlingene har ikke noe annet formål enn å forsinke avgjørelsen av den underliggende tvistegjenstanden i saken. Dette typetilfelleskiller seg fra det typetilfellet jeg skisserte ovenfor ved at parten *i utgangspunktet* er innenfor de spillereglene rettergangslovgivningen trekker opp. For at parten skal kunne pådra seg erstatningsansvar utover motpartens sakskostnader for å ta i bruk disse, må det kreves noe særskilt.

Som påpekt av Strandberg utgjør imidlertid heller ikke dette nødvendigvis en ensartet gruppe.²⁹⁴ Noen prosesshandlinger har svært nær sammenheng med håndhevelsen av den underliggende tvistegjenstanden, mens andre prosesshandlinger nok har en mer perifer tilknytning. Dette er relevant for problemstillingen her siden enkelte prosesshandlinger dermed har tettere tilknytning til utøvelse av retten til domstolstilgang enn andre. Konsekvensen av dette er at begrunnelsen bak ansvarsnormen fra Roxar-saken kan slå til med ulik styrke etter hvilke(n) prosesshandlingen det er tale om. Dette tilsier at også ansvarsnormen må nyanseres alt ettersom hvilken eller hvilke prosesshandling det er tale om.

Det er i utgangspunktet lett å slutte seg til synspunktet om at enkelte prosesshandlinger har nærmere tilknytning til avgjørelsen av tvistegjenstanden enn andre og at retten til domstolstilgang berøres i ulik grad ved å ilegge erstatningsansvar utover sakskostnadene. Samtidig inviterer en løsning hvor ansvarsnormen nyanseres etter hvilken prosesshandling det er tale om til svært vanskelige grensedragninger. Hvor nær tilknytning til sakens realitet må en prosesshandling ha for å bedømmes etter den ene eller den andre ansvarsnormen? Videre er ikke spørsmålet om en prosesshandling har tilknytning til retten til domstolstilgang et enten/enten-spørsmål, men snarere et *gradsspørsmål*. Dette underbygger den retts tekniske utfordringen det vil medføre å operere med ulike ansvarsnormer for ulike prosesshandling. Retts teknisk vil det dermed være adskillig enklere å vurdere alle prosesshandling *innenfor spillereglene* av rettergangslovgivningen etter en felles ansvarsnorm.

²⁹³ Slik som i den nevnte saken RG-2009-913

²⁹⁴ Se Strandberg *Erstatning for uberettiget søksmål* s. 228.

Etter min oppfatning kan man av dette trekke slutning at selv om det nok kan være slik at enkelte prosesshandlinger har en tettere tilknytning avgjørelsen av tvistegjenstanden enn andre, må spørsmålet om ansvarsgrunnlag for å ta i bruk disse vurderes etter en felles norm. Spørsmålet blir dermed hvorvidt den eller de aktuelle prosesshandlingene kan anses som *misbruk* av rettigheten. Dersom parten i utgangspunktet opererer innenfor spillereglene i rettergang, vil erstatningsansvar utover sakskostnadene for ugrunnede prosesshandlinger først være aktuelt dersom parten skjønte at prosesshandlingen var helt uten utsikt til å føre frem.

Litteraturliste

Lover

- Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
- Lov 13.august 1915 nr. 5 om domstolene (Domstolloven)
- Lov 13.august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)
- Lov 3. mars 1972 nr. 5 om arv m.m (Arvelova)
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)
- Lov 8. juli 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (Konkursloven)
- Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)
- Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven)
- Lov 5. mars 2004 nr.12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)
- Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven)

Lovforarbeider

- NOU 2001:32 *Rett på sak* Lov om tvisteløsning (tvisteloven). Justis- og politidepartementet JD
- Ot.Prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven)
- Dok. 16. (2011-2012) *Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*. Stortingets presidentskap (Menneskerettighetsutvalget).

Norsk Rettspraksis

- Rt. 1970 s. 1235.
- Rt. 1985 s. 211
- Rt. 1990 s. 1082
- Rt. 1994 s. 1430
- Rt. 1995 s. 1113 (Prosessløve)

Rt. 1997 s. 1019

Rt. 1997 s. 1037

Rt. 1999 s. 589

Rt. 1999 s. 961

Rt. 2000 s. 441

Rt. 2000 s. 1379

Rt. 2002 s. 696 (Skøyen Næringspark)

Rt. 2003 s. 301 (Undersøkelsessak)

Rt. 2003 s. 1630 (Hogstforbud)

Rt. 2003 s. 1671

Rt. 2005 s. 543 (Victim)

Rt. 2005 s. 1322

Rt. 2006 s. 1657

Rt. 2007 s. 234 (Kongsberg)

Rt. 2008 s. 610

Rt. 2009 s. 380

Rt. 2009 s. 1118

Rt. 2009 s. 1522

Rt. 2010 s. 202 (Kystlink)

Rt. 2010 s. 224 (God advokatskikk)

Rt. 2010 s. 252

Rt. 2011 s. 818

Rt. 2011 s. 826

Rt. 2011 s. 910 (Tine)

Rt. 2013 s. 338

Rt. 2013 s. 1379

Rt. 2014 s. 1134

Rt. 2014 s. 1161

HR-2014-2318-U

Rt. 2015 s. 93 (Maria)

Rt. 2015 s. 216 (Ulovlig hogst)

Rt. 2015 s. 385 (Roxar)

HR-2016-225-S

Rt. 2016 s. 592

HR-2016-296-A (Fellesforbundet for Sjøfolk)

HR-2016-1507-U

HR-2016-2579-A (Beviskrav for selvmord)

HR-2017-753-A (Transocean)

HR-2017-828-U

LB-2007-82460

ND-2008-212

RG-2009-913

LG-2012-162195

LB-2012-35181

LB-2014-56646

LB-2015-102019

LG-2015-69225

TOSLO-2003-4933

TAHER-2007-52377

TSTAV-2008-63264

TOSLO-2011-105898

TOSLO-2013-164843

Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

Case of Golder v. United Kingdom.	Application no. 4451/70. Judgment of 21 February 1975
Case of X and Y v. The Netherlands,	Application no. 6202/73, Judgement of 26 March 1985
Case of Tolstoy Miloslavsky v. United Kingdom.	Application no. 18139/91. Judgement of 13 July 1995
Case of Stubbings and others v. United Kingdom.	Application no. 22083/93; 22095/93, Judgement of 22 October 1996
Case of Aït-Mouhoub v. France.	Application no. 103/1997/887/1099, Judgement of 28 October 1998
Case of Z and others v. United Kingdom.	Application no 29392/95, Judgement of 10 May 2001
Case of Kreuz v. Poland	Application no. 28249/95, Judgement of 19 June 2001,
Case of Waltson v. Norway.	Application no. 37372/97. Judgement of 3 June 2003
Case of Steel and Morris v. United Kingdom.	Application no. 68416/91. Judgement of 15 February 2005
Case of Podbielski and PPU Polpure v. Poland.	Application no. 39199/98. Judgement of 26 July 2005
Case of Stankov v. Bulgaria.	Application no. 68490/01 Judgement of 12 July 2007

Case of K.T v. Norway.

Application no. 26664/03.

Judgement of 28 September 2008

Case of Sabeh El Leil v. France.

Application no. 34869/05.

Judgement of 29 June 2011

Case of Sace Elektrik A.S v. Turkey.

Application no. 20577/05.

Judgement of 22 October 2013

Praksis fra EU-domstolen

ITT Promedia v. The Commission.

Case T-111/96

Engelsk rettspraksis

Crawford Adjusters v. Sagicor General Insurance.

Privy Council Appeal no. 0054

of 2012. 13 June 2013.

Amerikansk rettspraksis

Sheldon Appel Co. v. Albert Oliker .

765 P.2d 498 (1989)

Litteratur

Aall

All, Jørgen *Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker*. Tidsskrift for rettsvitenskap. 01/1998 s. 1-181.

Aall *Rettsstat og menneskerettigheter*

Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter. En innføring i vernet om individets sivile og politiske etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon 4. utgave*. Fagbokforlaget. Bergen 2015.

Aarbakke mfl.

Aarbakke, Magnus; Aarbakke, Asle; Knudsen, Gudmund; Ofstad, Tone; Skåre, Jan *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave 3. utgave*. Universitetsforlaget. Oslo 2012.

- Andreassen [Skoghøy] Andreassen, Jens Edvin *Rettergangsstraff - Særlig om domstolslovens §§ 198, 200 og 200-204*. Den norske advokatforeningens småskriftsserie. Oslo 1987.
- Arnholm Arnholm, Carl Jacob *Privatrett I. Almindelig privatrett*. Johan Grundt Tanum. Oslo 1964.
- Backer *Norsk Sivilprosess* Backer, Inge Lorange *Norsk Sivilprosess*. Universitetsforlaget. Oslo 2015.
- Berg Berg, Paal *Misbruk av rett og norsk rettspraksis i Festskrift tillagnad Birger Ekeberg den 10 augusti 1950*. Isaac Marcus Boktryckeri - Aktiebolag. Stockholm 1950.
- Bøhn *Domstolloven kommentarutgave* Bøhn, Anders *Domstolloven kommentarutgave 2.utgave*. Universitetsforlaget. Oslo 2013.
- Bårdsen Bårdsen, Arnfinn *Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten – noen linjer i Høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen 2014*. Jussens Venner 01/2017 s. 1-44.
- Bårdsen Bårdsen, Arnfinn *Krenkelser og klager. Vilkårene for realitetsbehandling av private klager ved Den europeiske menneskerettighetsdomstol*. Universitetsforlaget. Oslo 1999.
- Bårdsen Bårdsen, Arnfinn *Norges Høyesterett, Grunnloven og menneskerettighetene i Føllesdal, Andreas; Ruud, Morten; Ulfstein, Geir (red.) Menneskerettighetene og Norge. Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*. Universitetsforlaget. Oslo 2017.

- Deakin mfl. Deakin, Simon; Johnston, Angus; Markesinis, Basil
Markesinis and Deakin's tort law sixth edition.
Clarendon Press. Oxford 2008.
- Evald Evald, Jens *Retsmisbrug i formueretten.*
Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
København 2001.
- Falkanger *God tro* Falkanger, Aage Thor *God tro. En studie av
kravet til god tro som vilkår for å erverve eller
opprettholde privatrettslige rettigheter.*
Universitetsforlaget. Oslo 1999.
- Færstad Færstad, Jan-Ove *Erstatningsansvar for
villedende informasjon.* Gyldendal Juridisk.
Oslo 2014.
- Grøning mfl. Grøning, Linda; Husabø, Erling Johannes;
Jacobsen, Jørn *Frihet, forbrytelse og straff: En
systematisk fremstilling av norsk strafferett.*
Fagbokforlaget. Bergen 2016
- Hagstrøm og Stenvik *Erstatningsrett* Hagstrøm, Viggo; Stenvik, Are *Erstatningsrett.*
Universitetsforlaget. Oslo 2015.
- Irgens-Jensen og Østerud Irgens-Jensen, Harald; Østerud, Eirik
*Erstatning utover sakskostnadene for
uberettiget søksmål – Rt. 2015 s. 385. Nytt i
privatretten. 03/2015 s. 12-14.*
- Jebens Jebens, Sverre Erik *Menneskerettigheter i
straffeprosessen.* Cappelen akademiske forlag.
Oslo 2004.
- Kjølbrot Kjølbrot, Jon Fridrik *Den europeiske
Menneskerettighedskonvention –
for praktikere.*
Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
København 2010.

- Knoph *Hensiktens betydning*
Knoph, Ragnar *Hensiktens betydning for grensen mellom rett og urett*. Olaf Norlis forlag. Kristiania 1921.
- Lid
Lid, Olav *Misbruk av rett, særlig i privatretten* i Jussens Venner Serie V nr.5 s. 65-77
- Lødrup *Lærebok i erstatningsrett*
Lødrup, Peter med bistand av Kjelland, Morten *Lærebok i erstatningsrett 6.utgave*. Gyldendal Akademisk. Oslo 2009.
- Møse
Møse, Erik *Menneskerettigheter* Cappelen Akademisk Forlag. Oslo 2002.
- Nesdam *Retten til domstolstilgang*
Nesdam, Anne-Karin *Retten til domstolstilgang og ansvar for ugrunnet søksmål*. Lov og rett 07/2015 s. 381-382.
- Nygaard *Skade og ansvar*
Nygaard, Nils *Skade og ansvar 6.utgåve*. Universitetsforlaget. Oslo 2007.
- Nygaard
Nygaard, Nils *Rettsgrunnlag og standpunkt 2. utgåve*. Universitetsforlaget. Oslo 2012.
- Ravlo *Access to court*
Ravlo, Line *Access to court – Access to court in Civil Cases as Ensured by Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Disputasutgave. Universitetet i Tromsø. Tromsø 2000.
- Ravlo
Ravlo, Line *Domstolsadgang i saker om krenkelser av menneskerettigheter*. Kritisk juss 1998 s. 345-354.
- Robberstad *Sivilprosess*
Robberstad, Anne *Sivilprosess 3.utgave*. Fagbokforlaget. Bergen 2015.

- Schei
Schei, Tore. *Tvistemålsloven med kommentarer*.
2. Utgave, bind I §§ 1-182. Tano Aschehoug.
Oslo 1998.
- Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave*
Schei, Tore; Bårdsen, Arnfinn;
Norden, Dag Bugge; Reusch, Christian H.P;
Øie, Toril M *Tvisteloven kommentarutgave*
2. utgave. Universitetsforlaget. Oslo 2013.
- Selmer
Selmer, Knut *Subjektive rettigheter i Knophs*
oversikt over Norges rett 12.utgave.
Universitetsforlaget. Oslo 2004.
- Skoghøy
Skoghøy, Jens Edvin Andreassen *Ansvar for*
saksomkostningene i sivile saker.
Lov og rett 03/2011 s. 111-141.
- Skoghøy
Skoghøy, Jens Edvin Andreassen *Nytt i ny*
tvistelov. Universitetsforlaget. Oslo 2008.
- Skoghøy *Tvisteløsning*
Skoghøy, Jens Edvin A *Tvisteløsning*
3.utgave. Universitetsforlaget. Oslo 2017.
- Stang
Stang, Fredrik *Erstatningsansvar*.
Aschehoug & co. Oslo 1927.
- Strandberg *Beviskrav i sivile saker*
Strandberg, Magne *Beviskrav i sivile saker –*
en bevisteoretisk studie av den norske
beviskravslærens forutsetninger.
Fagbokforlaget. Bergen 2012.
- Strandberg
Strandberg, Magne *Beviskravet i*
vaksineskader etter Rt. 2015 s. 1236.
Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett
og velferdsrett. 01/2016 s. 7-29.

- Strandberg *Erstatning for uberettiget søksmål* Magne Strandberg *Erstatning for uberettiget søksmål – hva er rettstilstanden etter Rt. 2015 s. 385?* Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett. 04/2015 s. 225-229.
- Strandberg Strandberg, Magne *Sakskostnader og bevissikring*. Lov og rett 03/2017 s. 159-177.
- Stridbeck og Holmboe Stridbeck, Ulf; Holmboe, Morten «*Det er einskilde som ikke skjønner hvor viktig det er å ha en sak*» - Misbruk av forvaltningen og rettsapparatet. Hva bør gjøres? Lov og rett 03/2009 s. 146-165.
- Sunde Sunde, Jørn Øyrehagen *Høgsteretts historie 1965-2015* Fagbokforlaget. Bergen 2015.
- Truyen Truyen, Filip *Aksjonærenes myndighetsmisbruk – en studie av asl. /asal. § 5-21 og uskrevne misbruksprinsipper*. Cappelen Akademiske forlag. Oslo 2005.
- Tverberg Tverberg, Arnulf *Ny vår for menneskerettighetene i Grunnloven?* Publisert på lovdatas grunnlovssider (LDG-2014-4)
- Wilhelmsen og Hagland Wilhelmsen, Trine-Lise; Hagland, Birgitte *Om erstatningsrett. Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup 1. utgave*. Gyldendal Juridisk. Oslo 2017.
- Øyen Øyen, Ørnulf *Behovet for etterkontroll av reglene om erstatning for sakskostnader*. Lov og rett 02/2012 s. 65-66.

Nettsider

<http://hsfnotes.com/litigation/2013/07/12/privy-council-finds-tort-of-malicious-prosecution-available-for-civil-claims/>

<http://scocal.stanford.edu/opinion/sheldon-appel-co-v-albert-oliker-28544>

<http://www.aftenposten.no/norge/Domt-for-elendig-innsats-i-retten-520286b.html>

<http://www.juristkontakt.no/i/2016/8/juko-2016-08-b-397>

<https://www.jcpc.uk/cases/docs/jcpc-2012-0054-judgment.pdf>